

J. rom. m.

428.7

Fromm.

428 P

Reinhold

Harrison



DAS
ALLGEMEINE UND DAS KAUFMÄNNISCHE
ZURÜCKHALTUNGSRECHT
INSBESONDERE
SEIN GRUND UND SEIN WESEN.

UNTERSUCHUNG
VON
DR. FERDINAND REINHOLD.



WIEN, 1889.
ALFRED HÖLDER,
K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,
ROTHENTHURMSTRASSE 15.

Fe

72

1. III. 89

Verlag von **Alfred Hölder**, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler,
Wien, Rothenthurmstrasse 15.

Die Natur der sog. Realcontracte.

Untersuchung

von

J. U. Dr. Ferdinand REINHOLD.

Preis 40 kr.

Sammlung

der

nach gepflogener öffentlicher Verhandlung

geschöpften Erkenntnisse

des k. k. österreichischen

Reichsgerichtes.

Herausgegeben von

Dr. Anton Hye, Freiherrn von Glunek,

Mitgliede und ständigem Referenten dieses Tribunals, wie auch lebenslänglichem
Mitgliede des Herrenhauses des österreichischen Reichsrathes.

VIII. Theil.

Enthaltend die in den Jahren 1886, 1887 und 1888 gefällten Judicate.

Mit systematischem, alphabetischem Sach- und Namen-Register über alle acht
Theile und einem alphabetischen Wegweiser zur Auffindung der Rechtssätze.

Preis 4 fl. 80 kr.

Der Ur-Entwurf

und die

Berathungs-Protokolle

des

Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Herausgegeben von

Dr. Julius Ofner.

I. Band:

(Inhalt: Ur-Entwurf Bogen 1—10 und Berathungs-Protokolle Bogen 1—31.)

II. Band:

(Inhalt: Berathungs-Protokolle Bogen 1—20, der revidirte Ur-Entwurf Bogen
21—52 und Register Bogen 53—57.)

Preis beider Bände geheftet 20 fl., in Halbfranz gebunden 22 fl. 40 kr.

Das Werk ist auch in 10 Lieferungen à 2 fl. zu beziehen.

Verlag von **Alfred Hölder**, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler,
Wien, Rothenthurmstrasse 15.

DAS
ALLGEMEINE UND DAS KAUFMÄNNISCHE
ZURÜCKHALTUNGSRECHT

INSBESONDERE
SEIN GRUND UND SEIN WESEN.

UNTERSUCHUNG
VON
DR. FERDINAND REINHOLD.



WIEN, 1889.
ALFRED HÖLDER,
K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,
ROTHENTHURMSTRASSE 15.

Alle Rechte vorbehalten.



Die Frage des Retentionsrechtes zählt mit zu den bestrittensten. Sie ist von vielen ausgezeichneten Juristen nach den verschiedensten Richtungen — Inhalt, Wesen, Voraussetzungen, Erfordernisse, Gegenstand, Wirkung u. s. w. — geprüft und erörtert worden, bald mehr, bald weniger, hier mit grösserem, dort mit geringerem Erfolge, am wenigsten und mit dem geringsten Erfolge aber in Betreff des Wesens und der Gründe dieses Rechtes. Um dies zu erweisen, brauchen wir nur Holtzendorff's Rechtslexikon, Bd. III (vom Jahre 1881), S. 460, Art. „Retentionsrecht“, zu erwähnen.

Sehr häufig wird als Grund des Retentionsrechtes die Connexität zwischen der Forderung des Retinenten und jener des Retentionsgegners angesehen; in dieser Beziehung verweisen wir aber auf eine Aeusserung Windscheid's, Bd. II, S. 359, Nr. 9: „Es ist eine althergebrachte Lehre, dass das Retentionsrecht begründet sei bei Connexität des Gegenanspruches. Aber der Begriff der Connexität ist zu unbestimmt, um als Grundlage einer Rechtsregel dienen zu können.“

Goldschmidt¹⁾, um nur diesen noch zu nennen, sagt vom Retentionsrechte: „Es beruht auf einem *dolus* eigenthümlicher Art“ und S. 971: „Die Billigkeit, auf welcher allein das Retentionsrecht sich gründet!“

¹⁾ Handb. des Handelsrechtes. Bd. I, 2. Abth., S. 962.

So ist denn die Frage nach dem Wesen und nach den Gründen des Retentionsrechtes noch immer eine offene geblieben.

Nun hat jedoch in neuerer Zeit Herr Dr. Leo Geller ¹⁾ einen ebenso scharfsinnigen wie energischen Versuch unternommen, die bezügliche Frage einer zufriedenstellenden Lösung zuzuführen, das Wesen und die Gründe des Retentionsrechtes überhaupt aufzudecken und zugleich die volle Geltung des letzteren selbst gegenüber dem §. 471 unseres österr. b. G.-B. nachzuweisen.

So anregend diese eingehende Arbeit und so werthvoll dieselbe nach manch' sonstiger Richtung ist, so müssen wir doch bekennen, dass nach unserer Auffassung das Geller'sche Resultat in Ansehung des Wesens des Retentionsrechtes und die Art seiner Begründung gleichfalls nicht acceptirt werden können. Wir wollen dies im Folgenden darthun und werden sodann unsere eigene Ansicht über die gedachte Frage und deren Gründe entwickeln.

¹⁾ In seinem Centralblatt f. die jur. Praxis. Bd. I, S. 8 fg.

I. Abtheilung.

Geller beginnt seine Untersuchung mit einer zunächst weiter, dann enger gefassten Definition des Retentionsrechtes und scheidet sodann die Retentionsfälle in zwei Hauptgruppen, zur ersten jene zählend, in welchen das Recht des Einen auf die Sache und die Forderung deren Inhabers an jenen ganz unabhängig und selbständig neben einander bestehen; zur zweiten jene Fälle, in denen beide Ansprüche von einander abhängig sind und die Vereinigung des Sachbesitzes und der Forderung in derselben Person auf einem organischen Zusammenhange beider beruht.

Die Berechtigung des Inhabers der Sache, fügt Geller hinzu, seiner Forderung wegen die Sache zurückzuhalten, erscheint in den Fällen der einen wie der anderen Art als eine durchaus natürliche, ebenso natürlich, wie jene beim Zusammentreffen von gleichartigen Forderungen.

Schon hierauf muss jedoch entgegnet werden, dass die Compensation und die Retention in mancher Beziehung einander ähnlich, dessen ungeachtet aber von einander, u. zw. wesentlich verschieden sind und liegt der Grund dieser Verschiedenheit eben in der Ungleichartigkeit der Forderung des Retinenten und des Retentionsgegners.

Diese Verschiedenheiten sind bereits von zahlreichen Schriftstellern mehr weniger ausführlich namhaft gemacht worden.¹⁾

¹⁾ So z. B. von Schenk, Lehre vom Retentionsrechte, §. 7.

Unsererseits wollen wir in dieser Richtung nur noch betonen, dass die Compensation, beziehungsweise das Zurückhalten der Leistungen in Compensationsfällen, deshalb „natürlich“ erscheint, weil wir ihren Grund bereits kennen. Das Gleiche jedoch ist in Ansehung der Retention bisher nicht der Fall und ist also die Aufstellung von der Natürlichkeit auch des Retentionsrechts vorläufig mindestens eine verfrühte. Selbst wenn wir mit Geller den Gedanken festhalten, dass, wie in den Compensations-, so auch in den Retentionsfällen neben der Forderung eine Schuld, neben der Schuld eine Forderung steht, also im Allgemeinen (dem Werthe nach) der Gläubiger um die Schuld weniger zu fordern hat, der Schuldner um die Forderung weniger schuldet, so erscheint gleichwohl damit das angebliche Rückhaltungsrecht noch keineswegs begründet und folglich auch noch nicht als natürlich.

Geller wendet sich nunmehr zu dem Rechtsverhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer und sagt, dass der Grund des hier (solange noch kein Theil erfüllt hat) unzweifelhaft geltenden Rückhaltungsrechtes kein anderer als der sei, dass der Kauf... nicht eine Verpflichtung zur Leistung und ein Recht auf die Leistung an sich, sondern nur ein solches Recht, beziehungsweise eine solche Verpflichtung gegen die eigene Leistung begründet, so dass Jeder, so lange er seinerseits nicht geleistet hat, nicht ohne weiters die Leistung des Andern, sondern nur den Austausch derselben gegen die eigene Leistung fordern kann.

Hierauf kommt zu bemerken, dass, wenn das von Geller Angeführte der wahre Grund, u. zw. nicht blos bezüglich des Kaufverhältnisses, sondern, da Geller dieses Rechtsverhältniss als „das Prototyp“ aller Retentionsfälle der II. Gruppe bezeichnet hat, auch bezüglich dieser anderen wäre, die so lange gesuchte Begründung des allgemeinen Retentionsrechtes überhaupt schon gefunden sein würde, und es unerklärlich bliebe, weshalb Geller seine Untersuchung wegen dieser Begründung noch beträchtlich weiter fortsetzt.

„Das Recht des Käufers“ setzt Geller fort „erscheint also gemindert um den schuldigen Kaufpreis, wie die Kaufpreisforderung gemindert um die schuldige Sache.“ Dieser Satz ist eine Wiederholung des früheren, dass, wenn Jemand Gläubiger und Schuldner zugleich ist, die Forderung um die Schuld, die Schuld um die Forderung geringer ist. Zu dem, was wir hierauf schon entgegnet haben, fügen wir hier noch bei, dass eine solche Minderung auch in jenem Rechtsverhältnisse vorkommt, wo das Recht des Einen auf die Sache und die Forderung des Inhabers der Sache an ihn ganz unabhängig und selbständig nebeneinander bestehen, dass also, wenn aus der Thatsache der Minderung der Gegenforderung das Retentionsrecht sich ergeben sollte, dieses gleiche Recht auch für die Rechtsfälle der II. Gruppe behauptet werden müsste, eine Consequenz, welche jedoch von Geller selbst ausdrücklich abgelehnt wird, a. a. O. S. 11.

Geller kleidet seinen Minderungsgedanken auch in eine mathematische Formel: „Wenn die Sache mit x , der Preis mit $100 y$ bezeichnet werde, so habe der Käufer ein Recht auf $x - 100 y$, der Verkäufer ein Recht auf $100 y - x$.“

Allein diese mathematische Formel lässt sich in unserem Falle nicht juristisch in Anwendung bringen, sie führt in ihrer mathematischen Ausführung zur Lösung $= 0$ und das würde z. B. im Kaufsverhältnisse nicht zur Erklärung des Retentionsrechtes, sondern zur völligen Aufhebung des Kaufvertrages führen.

Wenn Geller ferner behauptet, dass die Ungleichartigkeit des Gegenstandes der beiderseitigen Ansprüche einer solchen Subtraction nicht entgegenstehe¹⁾, indem nicht ein Gegenstand von dem andern, sondern nur das Recht auf den einen von dem

¹⁾ Geller behauptet also hier, dass dieser Ungleichartigkeit ungeachtet sofort subtrahirt werden könne, während von ihm (S. 11 oben) behauptet wurde, dass die Ungleichartigkeit der Ansprüche ein Hinderniss ihrer sofortigen Ausgleichung (also auch der sofortigen Subtraction) ist.

auf den andern subtrahirt werde, so lässt sich das Unhaltbare dieser Ansicht nicht verkennen. Das Recht ist eine durch das Gesetz normirte Beziehung einer Person zu einer Person, beziehungsweise zu einem Gegenstande; es steht mit diesem Gegenstande in dem innigsten Verbande; von dem Gegenstande losgelöst verschwindet es sofort.¹⁾ Nicht das eine Recht kann von dem andern, stets kann nur der Gegenstand des einen von dem des andern subtrahirt werden.

Den klarsten Beweis in dieser Richtung liefert das von Geller selbst zur Erklärung des Retentionsrechtes herangezogene Compensationsinstitut; denn in allen Fällen einer Compensation wird nicht das Recht des Einen von dem Rechte des Andern, sondern der Gegenstand des Rechtes des Einen von dem Gegenstande des Rechtes des Andern subtrahirt, und insoweit diese Subtraction vor sich geht, stellt sich die Compensation ein.

Schon insoferne erscheint als unstatthaft die Geller'sche Schlussfolgerung, dass auch ungleichartige Ansprüche ganz so wie gleichartige von einander subtrahirt werden können, mit dem Unterschiede blos, dass die Subtraction hier zu einem gegenseitigen Zurückhalten des Gegenstandes der Schuld führe.

Die Geller'sche Schrift bringt nunmehr ebenso interessante wie scharfsinnige Ausführungen über die von ihr sogenannte Decomposition des Eigenthumes und die Vertheilung der Elemente desselben auf zwei Subjecte.

Wir müssen jedoch und können diese Ausführungen im Allgemeinen übergehen, weil dieselben vielleicht zur gründlichen Aufhellung anderweitiger Rechtsfragen, nicht aber auch unserer vorliegenden beizutragen geeignet sind.

Nur einige Sätze derselben wollen wir etwas näher ansehen.

¹⁾ So ähnlich Finger in Geller's Centralblatt, Jahrg. 1886, S. 552: „ dass Rechte nichts anderes sind, als eine geschützte Beziehung einer Sache zu einer Person, einer Person zu einer Person. Recht ist nichts an sich existentes“

Auf S. 15, unten, heisst es: „Gebührt dem Inhaber von demjenigen, welchem die Sache herauszugeben ist, für diese ein deren Werth erschöpfendes Entgelt, so erscheint von dem Recht des letzteren das Werthelement in der Macht des Ersteren gebunden“ — und ähnlich S. 17: „In allen diesen Fällen ist in der Macht des Inhabers . . . auch ein Element des Rechts des Andern . . . gebunden.“

Es ist das ein ungewöhnlicher, ein fremdartiger Ausdruck und fragt es sich vor Allem, welcher Sinn ihm innewohnen soll. Die Antwort hierauf finden wir S. 18 in den Sätzen: „Ob die Macht über die Sache . . . jenes Rechtselement band, oder erst in der Folge nach sich zog . . .“ und „Genug, dass sie überhaupt einen Bestandtheil des Rechtes . . . wirklich bindet.“

Hienach würde der frühere Ausdruck richtiger „von der Macht“ oder „durch die Macht gebunden“ zu lauten haben.

Lässt sich jedoch überhaupt sagen, dass die Sache oder die Macht über die Sache das Recht des Andern auf die Sache binde? Die Frage muss aller Geller'schen Ausführungen überhaupt und jener über die Decomposition des Eigenthumes im Besonderen ungeachtet verneint werden, weil hiedurch diese Behauptung mit nichts erwiesen worden ist.

Niemals vermag die Macht über eine Sache das Recht eines Andern zu binden, d. h. es ausser Wirksamkeit zu setzen. Das erheischt allezeit andere Thatsachen, wie wir uns davon auch später überzeugen werden.

Wir haben bisher gefunden, dass die Geller'sche Schrift, so weit wir sie eben bis jetzt betrachtet haben, auch für die Rechtsfälle der II. Hauptgruppe das Recht der Zurückhaltung nicht wahrnehmen lässt.

Nun stellt aber Geller S. 18 nachstehenden Satz auf:

„In jedem derselben (dieser Rechtsverhältnisse der II. Gruppe) erscheint mit der Macht des Inhabers über die Sache die For-

derung, welche er an denjenigen, dem die Sache herauszugeben ist, zu stellen hat und ebenso mit dem Recht des Letzteren auf die Sache die Schuld an deren Inhaber organisch verbunden, mithin das Recht um diese Schuld oder jene Forderung gemindert, die Macht um dieselbe bereichert.“

Allein auch dieser Satz sagt nichts Neues; er ist in seinen beiden Theilen schon früher, S. 12, und ist insbesondere sein zweiter Theil, seine Folgerung eben dort in dem Satze: „Das Recht des Käufers auf die Sache erscheint also gemindert um den schuldigen Kaufpreis u. s. w.“ zum Ausdruck gelangt. Es steht also diese wiederholte Folgerung vor dem gleichen ihr schon früher entgegengesetzten Einwande.

Nunmehr bringt die Geller'sche Schrift die Behauptung, dass die Macht über die Sache das Recht des Andern auf eine Werthquote der Sache binde, welche Behauptung wir bereits geprüft und als unstichhältig befunden haben.

Da nun aber letzterer Satz von Geller bereits wiederholt aus bestimmten Vordersätzen gefolgert und nachdem aus dieser Folgerung selbst wieder eine Folgerung, die des Retentionsrechtes, gezogen worden ist, so sollte man sich zu der Annahme berechtigt glauben, dass der Satz „Die Macht über die Sache bindet das Recht des Andern“ keines ferneren Beweises bedürftig sein werde.

Nach Geller ist das jedoch nicht der Fall. Derselbe fügt nämlich seinem Satze hinzu: „Denn . . . der Zusammenhang zwischen beiden — der Macht des Inhabers über die Sache und die Forderung an deren Prätendenten — ist ein organischer.“

Doch das ist keine wirkliche Begründung; es ist lediglich eine Hervorhebung und weitere Ausführung jenes Momentes, worin Geller selbst schon früher und zu allem Anfange die Prämisse seines Folgesatzes erblickt hat.

Wir geben nun zu, dass zwischen der gedachten Macht und der gedachten Forderung ein Zusammenhang vorhanden ist,

müssen aber bestreiten, dass derselbe ein organischer sei. Der Ausdruck „organisch“ ist der Nomenclatur der Physiologie entlehnt und kann auf juristischem Boden in Wirklichkeit nicht verwendet werden; er ist ungeeignet, einen juristischen Begriff in's Klare zu setzen; er vermag es ebensowenig, wie technische Ausdrücke der Mathematik, der Chemie, oder einer sonstigen nichtjuristischen Wissenschaft. Auf dem Rechtsgebiete lässt sich nur mit juristischen Mitteln operiren.

Nach der Physiologie und insbesondere nach der Anatomie, der Grundlage jener, bedeutet „organisch“ eine gewisse Verbindung bestimmter Theile von Lebewesen (Pflanzen, Thiere) zu einem Ganzen (eben dieser Lebewesen) und ergibt sich schon hienach, dass der Ausdruck von dem Juristen höchstens bildlich gebraucht werden könnte.

Die Frage, als was für eine juristische Verbindung die in Rede stehende zu gelten habe, ist also damit vollständig offen gelassen.

Doch auch die Geller'sche Verdeutlichung des Begriffes „organischer Zusammenhang“ ist nach mehrfacher Richtung eine unzutreffende und heben wir diesfalls nur hervor, dass, wenn die Macht über eine Sache von der Forderung eingeschlossen ist, sie, abgesehen von den schon früher geltend gemachten Bemerkungen, doch unmöglich letztere, die Forderung, binden kann.

„Das Recht des Inhabers einer Sache zur Zurückhaltung derselben“, sagt Geller endlich noch, „wegen einer mit seiner Macht über sie organisch zusammenhängenden Forderung ist nicht ein besonderes Recht neben der Forderung, sondern ein integrierender Bestandtheil der Forderung selbst“

Auch dieser Satz Geller's kann als richtig nicht zugestanden werden, vor Allem im Grunde der gegen den Ausdruck „organisch“ geltend gemachten Einwendung; sodann weil es unseres Wissens wohl bei Rechtsgeschäften und namentlich bei Verträgen Bestandtheile gibt, nothwendige und zufällige,

nicht aber auch bei Forderungen; ferner weil ja auf die Ausübung des Retentionsrechtes auch Verzicht geleistet werden kann, in solchen Fällen aber die Forderung gleichwohl unverändert und ungemindert weiter besteht, zum deutlichsten Zeichen, dass das Retentionsrecht einen integrierenden Bestandtheil der Forderung nicht bildet; endlich weil nach Geller's wiederholter Erklärung das Retentionsrecht sich „mit dem Inhalte des Pfandrechtes vollständig deckt“ und schon hienach das Retentionsrecht ebensowenig wie das Pfandrecht überhaupt als ein integrierender Bestandtheil der Forderung erachtet werden könnte.

Ist aber auch dieser letzte Satz Geller's trotz aller vorgeschickten Ausführungen unrichtig und hat derselbe in der juristischen Wirklichkeit keinerlei Existenz, dann ist es auch unmöglich, aus ihm was immer für Folgerungen abzuleiten.

Die von Geller sohin ausgesprochene Ansicht, „dass das Retentionsrecht . . . keines besonderen Entstehungsgrundes und keiner besonderen Anerkennung durch das Gesetz bedarf“, stellt sich daher bislang noch als unerwiesen dar.

Ob sie jedoch überhaupt richtig oder unrichtig ist, das soll im Folgenden untersucht werden.

II. Abtheilung.

Wir beginnen unsere Untersuchung an dem Kaufvertrage und nehmen wir an, dass *A* sein Pferd dem *B* um 500 fl. verkauft hat.

Am nächsten zur Uebergabe bestimmten Tage erscheint *B* und will das Pferd mit sich nehmen, äussernd, dass er den Kaufschilling am andern Tage übergeben werde.

Hiermit ist *A* nicht einverstanden, er verlangt die sogleiche Zahlung und bedeutet dem *B*, dass er bis dahin das Pferd nicht fortlasse.

A hält also zur bestimmten Zeit der Uebergabe, dieser Bestimmung und des Willens des erschienenen Käufers ungeachtet, das letzterem verkaufte Pferd zurück und das mit Fug und Recht.

Wohl hat *A* das Pferd dem *B* verkauft und wohl ist ferner abgemacht worden, dass die Uebergabe am nächsten Tage stattfinden sollte.

Allein, das bildet nicht den alleinigen Inhalt des Vertrages; mit diesem Vertrage ist ferner vereinbart worden, dass zur bestimmten Zeit die Uebergabe zu leisten ist, d. h. die beiderseitige Uebergabe, nicht blos jene des Pferdes oder überhaupt der Kaufsache, sondern auch jene des Geldes oder des Kaufschillings, also die gleichzeitige Uebergabe beider Sachen. Dass diese Abmachung bei einem Kaufvertrage auch dort, wo sie nicht ausdrücklich festgesetzt wurde, als geltend angenommen werden muss, ergibt sich aus nachstehenden Erörterungen:

Der Kaufvertrag beinhaltet keine Schenkung. Der Verkäufer, um Kürze halber nur von diesem zu reden, verlangt für seine

Sache vom Käufer ein Entgelt in der Höhe des Werthes der Sache und diese Werthshöhe, dieses Entgelt wird vom Verkäufer zur Zeit der Uebergabe erwartet und in dieser Voraussetzung auf ein bestimmtes Mass festgesetzt.

Soll etwa nach Verlangen des Kauflustigen der Kaufschilling später, erst nach der Uebergabe der Sache erlegt werden, so wird der Kaufschilling entweder entsprechend erhöht, oder seine Verzinsung vereinbart, oder der Verkäufer, der z. B. dringend Geld benöthigt, lässt sich zu einem Verkaufe an *B* gar nicht herbei.

Schon hieraus folgt, dass der Kaufschilling spätestens mit der Uebergabe der Sache zu zahlen ist.

Im andern Falle würde Verkäufer das Entgelt eben nicht, nämlich nicht vollständig, nicht mit seiner sofortigen Nutzbarkeit erhalten, während Verkäufer doch nur unter dieser offenbaren Voraussetzung, also nur unter dieser Bedingung, also auch nur unter der Bedingung des gleichzeitigen Erhaltes des Kaufschillings verkauft hat.

In dem gedachten andern Falle würde ferner der durch den Vertrag bezielte Baarverkauf in einen Borgverkauf — Kauf auf Borg — übergehen und doch ist ausser Frage, dass das Borgen des Kaufschillings nur dort statthat, wo dasselbe von den Parteien in's Auge gefasst und in ihre Willenseinigung, in den Vertrag, einbezogen wurde. Ein geborgter Kaufschilling ist ja im Wesen nichts anderes als ein Darlehen, welches aber nur dort zur Existenz gelangen kann, wo es beide Parteien bestimmt wollen. ¹⁾ Von einem Wollen

¹⁾ Jedes Darlehen ist die Hingabe eines bestimmten Vermögens an eine andere Person, allerdings unter der Bedingung der seinerzeitigen Rückgabe; allein ob diese Rückgabe auch wirklich stattfinden wird, das ist niemals mit Sicherheit vorherzusehen und läuft also jeder Darleiher insoferne stets die Gefahr des Verlustes seines Vermögens und darin liegt ein weiterer Grund für den Satz, dass beim Kaufvertrag gleichzeitig erfüllt werden muss, wofern nicht das Gegentheil vereinbart wurde.

solchen Inhaltes sagt jedoch der obige Kaufvertrag nicht das Geringste.

Jeder Borgkauf bildet also in Wirklichkeit allezeit zwei Rechtsgeschäfte: einen Kauf- und einen Darlehensvertrag. Und was von der Uebergabe des Kaufsgegenstandes nachfolgenden Zahlung gilt, das hat seine gleiche Geltung von der dieser Uebergabe vorangehenden Zahlung; auch diese ist ein wahres Darlehen, woran der Umstand, dass hier keine Rückzahlung stattfindet, deshalb nichts ändert, weil zur Zeit der Uebergabe des Kaufsgegenstandes die Darlehensforderung des Käufers und die Kaufschillingsforderung des Verkäufers sich *compensando* aufheben.¹⁾

Die Richtigkeit unserer Auffassung ergibt sich aber noch aus folgender Erwägung:

Wird ein Kaufvertrag und nur ein solcher (also ohne den Nebenvertrag eines Darlehens) abgeschlossen, so stehen sich beide Contrahenten vollkommen gleichberechtigt gegenüber.

Wenn nun der Käufer zur Zeit der Uebergabe dem Verkäufer sagen dürfte: „Gib mir den Kaufsgegenstand, den Kaufschilling zahle ich dir morgen“, so müsste auch dem Verkäufer das Recht zugestanden werden, sofort zu erwidern: „Zahle mir jetzt den Kaufschilling, das Pferd werde ich dir morgen übergeben“ — aus welcher Erwägung das Retentionsrecht, u. zw. das beiderseitige, und beziehungsweise die Pflicht der gleichzeitigen Erfüllung bei sonstigem Retentionsrechte des andern Theiles abermals und wohl unabweisbar hervortritt.

Bisher haben wir nur gefunden, dass dem Rechtsverhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer, u. zw. für jeden derselben das Retentionsrecht anhaftet. Nunmehr haben wir noch zu untersuchen, auf welchem Grunde, u. zw. auf welchem Rechtsgrunde dieses Recht fusst; denn wo immer ein Recht, welcher Art immer, existiren soll, da muss es einen Rechtstitel, d. h. eine

¹⁾ S. auch Dankwardt in „Nationalökonomie u. Jurisprudenz“, VI, S. 45.

durch die Rechtsordnung (durch den Gesamtwillen) zur Erzeugung, Umänderung oder Aufhebung von Rechten als geeignet anerkannte Thatsache zur Grundlage haben.¹⁾

Nun haben die obigen Ausführungen bereits erkennen lassen, dass der Kaufvertrag Forderungen erzeugt, welche nur dann rechtlich erhoben werden können, wenn der Fordernde seine eigene, die Gegenleistung, entweder schon erfüllt hat, oder sie wenigstens jetzt, also gleichzeitig anbietet.

Die durch den Kaufvertrag erzeugten Forderungen und demnach auch die denselben gegenüberstehenden Verpflichtungen sind also bedingte Forderungen und bedingte Verpflichtungen. Wird die Bedingung nicht erfüllt, so braucht auch der um die Leistung Angegangene nicht zu leisten, er kann und darf den Gegenstand derselben, u. zw. bis zur Erfüllung der Bedingung zurückhalten. Das Recht der Zurückhaltung hat daher seine Wurzel in dieser Bedingung; bestünde diese Bedingung nicht, z. B. wenn mit dem Kaufvertrag ein Darlehensvertrag vereinigt wurde, so würde das Forderungsrecht ein absolutes sein und an das Recht der Zurückhaltung wäre nicht zu denken.

Also hat das Zurückhaltungsrecht, welches wir beim Kaufe wahrnehmen, seinen Rechtsgrund in der gedachten Bedingung? Ist nicht der Fall, u. zw. aus dem Grunde nicht, weil Bedingung kein selbständiges, auf eigenen Füßen stehendes Rechtsgebilde ist, sondern allezeit nur das Accessorium einer anderweitigen juristischen Thatsache, in unserem Falle ein Bestandtheil²⁾

¹⁾ Windscheid, Pandekten I, S. 63, stellt folgenden Satz auf: „Man sagt vom Thatbestande, dass er das Recht erzeuge, aufhebe, umändere; das eigentlich Wirkende ist aber der an ihn geknüpfte Spruch der Rechtsordnung“. — Gegen diese Auffassung hat schon Zitelmann (Lehre vom Irrthum, S. 280) mit Recht Folgendes erklärt: „Die Ursache ist der Thatbestand, welchem die Rechtsordnung die Qualität einer Ursache verliehen hat.“

²⁾ S. Unger, System, Bd. I, S. 65, Note 3, u. S. 75, 76.

des Kaufvertrages ist und dieser letztere also ist der Rechtstitel wie für die aus ihm entspringenden Forderungen, so auch für das in Rede stehende Zurückhaltungsrecht.

Wir müssen hier einer von D e r n b u r g ¹⁾ ausgesprochenen entgegengesetzten Ansicht Erwähnung thun. D e r n b u r g sagt von den synallagmatischen Geschäften, dass bei denselben Versprechen gegen Versprechen ausgetauscht wird und fügt hinzu, dass aber auch eine gewisse gegenseitige Abhängigkeit der beiden Obligationen besteht. D e r n b u r g stellt hierauf sofort die Frage: „Wie weit?“ und knüpft an diese Frage zunächst die Bemerkung: „Das ist eine feine und wichtige Frage, denn es kreuzen sich die Erwägungen.“

D e r n b u r g bemerkt dann weiter, dass vielen Neueren zufolge bei synallagmatischen Geschäften jeder Contrahent nur auf Austausch der Leistungen klagen könne, sein Recht also durch seine Gegenleistung bedingt ist und meint, dass dieser Ansicht zwei Umstände im Wege seien, einmal die Geschichte der synallagmatischen Geschäfte, indem mehrfache Anhaltspunkte für die Behauptung zu Gebote stünden, dass es in früherer Zeit die *exceptio n. a. c.* noch gar nicht gegeben habe, dann der Satz „*periculum est emtoris*“, dem zufolge der Käufer den Preis auch dann zahlen muss, wenn die Sache zufällig nach dem Kaufe untergegangen ist, womit die Theorie vom Austausch der Leistungen unvereinbar sei.

Diesen zwei Umständen lässt sich jedoch Folgendes entgegenhalten: Anlangend den ersteren, so beruht derselbe nur auf einer Muthmassung.

Anlangend den zweiten Umstand, den Satz „*periculum est emtoris*“, so ist derselbe wohl dem römischen Rechte eigen; allein die alten germanischen und skandinavischen Rechte und von

¹⁾ Pandekten, Bd. II, S. 54 fg.

neueren Rechten das österreichische und preussische enthalten die entgegengesetzte Auffassung. ¹⁾

Doch nicht blos diese anderen Rechte, das römische Recht selbst steht seinem genannten Satze im Wege, nämlich mit dem: „*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*“ — L. 20, C. 2. 3.

Dass diese Sätze gegeneinander im Widerspruche stehen, leuchtet von selbst ein und ebenso, dass demnach aus dem ersteren ohne Weiteres kein Argument gegen unsere Auffassung in Ansehung des Retentionsrechtes hergeholt werden kann.

Endlich würde aber der Satz „*periculum est emptoris*“ bezüglich des Retentionsrechtes äussersten Falles nur eine Ausnahme schaffen; in der überwiegend grossen Mehrzahl der Fälle, jener nämlich, in welchen in der kurzen Zeit zwischen Vertragsabschluss und Uebergabe die verkaufte Sache unverändert bleibt, gilt auch nach römischem Rechte die Nothwendigkeit der gleichzeitigen Leistung und dass widrigens retinirt werden darf.

Ein Gegner der Ansicht, dass die aus zweiseitigen Rechtsgeschäften entstandenen Forderungen bedingte sind, ist auch Cramer. ²⁾

Cramer findet die wesentlichen Merkmale der Bedingung als nicht vorhanden; die Forderungen stehen vielmehr als gleichberechtigt nebeneinander. Wäre jenes (die Bedingtheit) der Fall, würde die Wirkung eine andere sein; dann läge in der geschehenen Nichterfüllung ein absoluter Mangel des Rechtes; es wäre die Berufung darauf eine negative Litiscontestatio, keine *exceptio* und es könnte die Einrede nicht in Form einer *exceptio doli* auftreten.

Wir entgegnen hierauf Folgendes:

¹⁾ Näheres hierüber in Prof. Franz Hofmann's vorzüglichem Buche: „Ueber das Perikulum beim Kaufe.“

²⁾ Archiv für civ. Praxis. Bd. 37, S. 321 fg.

Cramer hat nicht mitgetheilt, was für wesentliche Merkmale der Bedingung, seiner Auffassung gemäss, anhaften; übrigens stehen auch die Forderungen, da ja beide bedingt sind, einander durchaus als gleichberechtigt gegenüber. Gänzlich unerklärlich aber ist die Meinung Cramer's, dass, wenn die Forderungen als bedingt angesehen werden, dann in der geschehenen Nichterfüllung ein absoluter Mangel des Rechtes liegen würde. Daraus, dass zur Zeit, da eine bedingte Forderung erhoben wird, ihre Bedingung noch nicht erfüllt ist, lässt sich doch nicht die Erlöschung des Forderungsrechtes ableiten!

Wenn aber Beklagter der Klage entgegensetzt, dass die Bedingung der Forderung nicht erfüllt ist, so kann doch auch ein solches Vorbringen einer ganz neuen und das Klagerecht dermalen beseitigenden Thatsache nicht als blosse negative Litiscontestatio erklärt werden. Uebrigens müssen wir bei diesem Anlasse noch darauf aufmerksam machen, dass es überhaupt von vorneherein verfehlt ist, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines bestimmten materiellen Rechtes auf dem Boden des Processrechtes erweisen zu wollen. Wir haben uns in diesem Sinne schon oben S. 1 (gegen Goldschmidt) geäussert und verweisen nur noch auf Geller, a. a. O. S. 22, Note 17, welcher demselben Gedanken kräftigen Ausdruck leiht.

Während jedoch Dernburg und Cramer nur die Bedingtheit der Forderungen in Abrede stellen, gibt es einige Schriftsteller, welche das Retentionsrecht in Ansehung von synallagmatischen Rechtsgeschäften überhaupt bestreiten, so namentlich Schenk, a. a. O., §. 4, dann Groskopf. Im Folgenden werden wir blos des letzteren Ansicht etwas näher betrachten. Groskopf, in seiner Abhandlung: Zur Lehre vom Retentionsrecht (Oldenburg 1858), S. 14, sagt: „Bietet Käufer nicht den Preis an, so wird seine Klage abgewiesen, dies folgt aber aus der Natur des Kaufcontractes selbst und es genügt hier einfach die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Wollte man hier

ein Retentionsrecht finden, so wäre es überall, wo Beklagter die schuldige Leistung aus irgend einem rechtlichen Grunde vorenthält; dann liessen sich aber auch aus der besonderen Natur des Retentionsrechtes herfliessende allgemeine Rechtsgrundsätze für dasselbe gar nicht aufstellen.¹⁾ Von einem Retentionsrechte könne da nicht die Rede sein, wo Kläger²⁾ abzuweisen ist, sondern nur, wo Beklagter das Recht des Gegners zugestehen muss und mit der *exceptio doli* nicht die Abweisung des Klägers, sondern nur bezweckt, nur unter dem Vorbehalte zur Restitution der Sache verurtheilt zu werden, dass ihm dagegen gewisse Bestandtheile seines Vermögens, die in der Sache stecken oder auf diese verwandt sind, vom Kläger ersetzt werden.“ — Das Unstatthafte dieser Auffassung und Begründung wird sich aus unseren späteren Ausführungen ergeben.

Wir kommen zu dem Tauschvertrage, diesem wahren Prototyp des Kaufvertrages, dem er schon zeitlich lange vorangegangen ist, und der übrigen zweiseitigen (entgeltlichen) Verträge.

Dass es auch hier ein Retentionsrecht und für dieses denselben Rechtstitel des Vertrages, hier den Tauschvertrag, gibt, leuchtet von selbst ein; denn auch hier ist der Wille beider Tauschenden auf die gleichzeitige Uebergabe der Tauschsachen gerichtet (auf Auswechslung); auch hier geht der Wille jedes Tauschenden auf Erlangung des vollen Aequivalentes der eigenen Sache, daher auf die — mindestens — gleichzeitige oder sofortige Erlangung der andern Sache; und auch hier würde, wenn dies unterbliebe, der Kaufvertrag mit einem zweiten Vertrage in Verbindung gesetzt erscheinen, nur dass letzterer ein *commodatum*, *usus*, *usus fructus*, ein *depositum* oder eine *locatio conductio* sein

¹⁾ Diese Begründung ist im Wesentlichen der von Schenk gegebenen gleich.

²⁾ Wir sehen, dass auch Groskopf seine Untersuchung über das doch offenbar materielle Recht der Retention von dem Boden des formalen Processrechtes aus führt.

würde; endlich würde auch hier, woferne einer der Contrahenten, ohne schon erfüllt zu haben oder gleichzeitig zu erfüllen, von dem Anderen die Leistung begehrte, dieser andere zu dem gleichen Verhalten und sohin zur gleichen Retention befugt sein.¹⁾

Aus den vorstehenden Ausführungen geht aber noch hervor, dass der §. 1052 und der ihm entsprechende Theil des §. 1062 a. b. G. B. eigentlich überflüssig sind.

Wir untersuchen sohin den Pfandvertrag.

A wird von *B* um ein Darlehen angegangen, er ist zur Gewährung eines solchen gegen Erhalt eines Handpfandes bereit, erhält es und gibt das Darlehen.

Wenn nun *B* zur Verfallszeit das Darlehen rückzahlt, so hat er das Recht, es noch so lange zurückzuhalten, bis ihm *A* das Handpfand zurückstellt. Denn das Pfand wurde von *A* nur zu seiner Sicherheit verlangt und von *B* gleichfalls nur zu diesem Zwecke übergeben und folgt aus diesem beiderseitigen Wollen, also aus dem Titel des Vertrages, dass *A* das Pfand auch nicht einen Moment länger zurückhalten darf; es würde das gegen die geschehene Willenseinigung, gegen den Vertrag und gegen dessen aufliegenden Zweck verstossen.

Würde Gläubiger das Pfand doch nicht gleichzeitig zurückstellen, so hat *B* das Recht, auch die Zahlung zurückzuhalten und erscheint er hiezu ebenfalls rechtlich u. zw. aus dem Titel des Pfandvertrages befugt.

Die entgegengesetzte Ansicht würde auch hier ähnlichen Consequenzen begegnen, wie wir solche beim Kauf- und beim Tauschvertrage gefunden haben.

¹⁾ Es versteht sich nach dem Vorangehenden von selbst, dass, was in Ansehung des Zurückhaltungsrechtes und seines Titels vom einfachen, nämlich unbedingten Kaufvertrage gilt, auch von den bedingten Kaufverträgen und insbesondere von den im a. b. G. B. sogenannten Arten oder Nebenverträgen des Kaufvertrages Geltung hat. Die Meinung Schenk's, a. a. O., S. 266, dass der Rückverkäufer beim *pacto de retrovendendo* kein Retentionsrecht habe, ist daher eine irrige.

Von dem Augenblicke der erhaltenen Zahlung an würde der Gläubiger das Pfand ohne jeglichen Grund, er würde es absolut grundlos besitzen und würde ferner dem vormaligen Schuldner zumuthen, ihm die Pfandsache noch längerhin zu belassen, sie ihm, da *B* jetzt für die Sache keine Sicherheit hätte — wie er sie bis zur Zahlung des Darlehens hatte — zu borgen, zu creditiren, sie ihm unter der Gefahr des Verlustes derselben, beziehungsweise ihres Werthes, anzuvertrauen. Für das Retentionsrecht auch in diesem Falle spricht noch folgende besondere Erwägung:

Das Pfand ist bestimmt, dem Gläubiger für den Fall, als der Schuldner nicht zahlt, die Zahlung zu verschaffen.

Das Pfand wird in solchen Fällen im Wege der Feilbietung in Geld umgesetzt und dieses Geld vom Gläubiger zur Zahlung seiner Forderung verwendet.

Jedes Pfand bildet demzufolge schon an sich ein Zahlungsmittel und die Zahlung selber, allerdings nicht die eigentliche, directe, die baare Zahlung, sondern die indirecte, die nur mittelbare Zahlung, sagen wir die Bruttozahlung.

Wenn nun Gläubiger zur Verfallszeit die Zahlung in Baarem erhielte und trotzdem das Pfand weiter behielte, beziehungsweise wenn der Schuldner in einem solchen Falle die Zahlung nicht zurückhalten dürfte, so würde Gläubiger die Zahlungsvaluta factisch zweimal in Händen haben.

Selbstverständlich besteht das Rückhaltungsrecht auch für den Pfandgläubiger, wenn dieser in der Erwartung seiner pünktlichen Befriedigung das Pfand dem Schuldner zur Verfügung, zur Annahme bereit stellt, die gedachte Erwartung sich jedoch nicht erfüllt. Es gilt aber nicht bloß bei der Rückzahlung des Darlehens, es gilt vielmehr ebenso gewiss bereits bei der Hingabe des Darlehens und beziehungsweise bei der Uebergabe des Pfandes.

In den §§. 469 und 1369 a. b. G. B. hat das Retentionsrecht gleichfalls ausdrückliche gesetzliche Anerkennung erhalten; allein lediglich zu Gunsten des Pfandgebers oder Verpfänders und nicht auch zu Gunsten des Darleihers, beziehungsweise Pfandnehmers; ferner nur in Ansehung der Rückgabe des Pfandes und nicht auch in Ansehung der vorausgehenden Hingabe desselben und beziehungsweise auch der Hingabe des Darlehens.

Diese Paragraphe sind also insoferne unvollkommen, weil unvollständig; sie sind jedoch, so weit ihr Inhalt hier in Betracht kommt, glücklicherweise ebenso entbehrlich, wie die obigen Bestimmungen der §§. 1052 und 1062.

Der nächste Gegenstand unserer Untersuchung ist das Mandat, u. zw. speciell das Mandat zu einem Kaufe.

A in Böhmen, nehmen wir an, ersucht den *B*, für ihn nach Ungarn zu reisen und ihm dort 100 Stück Ochsen von einer gewissen Beschaffenheit und bis zu einem gewissen Preise zu kaufen.

B nimmt diesen Auftrag an, führt ihn aus, bringt das Vieh nach Böhmen zu *A*, der es für entsprechend erklärt und in seine Stallungen führen lassen will.

B verlangt jedoch vorher Ersatz des von ihm ausgelegten Kaufpreises und hält bis dahin das Vieh zurück.

Auch der Mandatar *B* ist zu dieser Rückhaltung zuverlässig befugt und liegt auch hier der Grund in dem abgeschlossenen Mandatsvertrage.

Das Vieh hat *B* aus seinem Vermögen angekauft, es ist damit sein Eigenthum geworden. Nun ist er zwar zufolge des mit *A* eingegangenen Vertrages verpflichtet, das erkaufte Vieh dem *A* zu überlassen; allein dieser Vertrag hat einen doppelten Inhalt, einmal den Kaufauftrag; sodann einen zwischen *A* und *B* über das von *B* in Ausführung des Mandates anzukaufende, beziehungsweise angekaufte, in seinem Eigenthum stehende Vieh gleichzeitig abgeschlossenen Vertrag, welcher letzterer Vertrag, da

sein Gegenstand in der Ueberlassung einer bestimmten Sache zu einem bestimmten Preise besteht, nichts anderes als ein Kaufvertrag ist.

Das Retentionsrecht des Mandatars — in dem in Rede stehenden Falle — beruht also auf denselben Gründen, welche für das Retentionsrecht im Kaufsverhältnisse gefunden wurden und ist sein Rechtstitel auch hier die Willenseinigung der Parteien, der Vertrag.

Ein weiterer Vertrag, in Ansehung dessen gleichfalls das Retentionsrecht vorhanden ist und dieses ebenfalls auf dem Vertrage beruht, ist der Arbeitsvertrag, u. zw. in jenem Falle, da der Arbeiter nicht blos die Arbeit, sondern auch den Stoff aus Seinem leistet.

Schon unser b. G. B. hat für diesen Fall die Vermuthung eines Kaufes aufgestellt und steht also schon insoferne das Retentionsrecht und sein Titel ausser Zweifel. Wir gehen jedoch noch einen Schritt weiter und behaupten, dass, wenn der Arbeiter auch den Stoff geliefert hat, überhaupt und ausnahmslos ein Kauf vorhanden ist, weil in diesem Falle alle Merkmale eines Kaufvertrages vorhanden sind, und weil ferner ja auch erst künftige Sachen Gegenstand des Kaufes sein können, §. 1275, a. b. G. B. ¹⁾

Nun wollen wir jedoch einen Fall des reinen Arbeitsvertrages betrachten, also wenn z. B. der Schneidermeister *A* von *B* den Auftrag erhält, ihm einen Anzug zu verfertigen und

¹⁾ Nach Stubenrauch, Comm. zum a. b. G. B., 4. Aufl., Bd. II, zum §. 1158 in Z. 2, soll kein Kauf, sondern ein Lohnvertrag in den dort erwähnten zwei Fällen anzunehmen sein. U. E. jedoch liegt auch da ein Kaufvertrag vor, weil das Verhältniss des Werthes des Stoffes zu demjenigen der hieraus verfertigten Sache ganz belanglos ist; dann weil Besteller nicht den Stoff will, sondern nur die hieraus zu verfertigende Sache und weil diese Sache nicht schon durch eine Erklärung des Arbeiters, sondern erst durch wirkliche Uebergabe in das Eigenthum des Bestellers gelangen soll.

wenn *B* hiezu auch den Stoff, u. zw. nicht nur den Haupt-, sondern auch sämtliche Nebenstoffe liefert, so dass *A* tatsächlich nur die Arbeit zu leisten hat.

Wenn hier also *A* den bestellten Anzug der Bestellung gemäss fertig macht, ihn dem *B* überbringt, dieser sich von der richtigen Ausführung überzeugt und erklärt, dass er diesen Anzug übernehme, jedoch beifügt, dass er die vereinbarte Zahlung nächstens leisten werde, so hat *A* auch hier das Retentionsrecht.

Mit dem Anzuge würde *B* nicht nur seinen Stoff, nicht nur sein Eigenthum zurückerhalten, er würde damit auch die von *A* diesem Stoffe gegebene Form an sich nehmen, also etwas, was aus der Persönlichkeit, aus dem Vermögen des *A* entstanden ist.

Dieses aber, diese Form, diese Frucht der Arbeit und der Kunstfertigkeit des *A*, hat letzterer dem *B* nicht ohne Weiters zu leisten sich verpflichtet; er hat sich hiezu gleichfalls nur unter der Bedingung verpflichtet, dass ihm das hiefür vereinbarte Entgelt sofort, Zug um Zug geleistet werde, nicht aber, dass er auf letzteres zu warten habe, vielleicht eine recht lange Zeit und dass er also dem *B* mit diesem Entgelte factisch ein Darlehen gewähre, es ihm borge. Das Retentionsrecht des *A* beruht also in diesem Falle ebenso wie in den früheren Fällen auf dem abgeschlossenen Vertrage.

Wenn demnach Schenk¹⁾ sich dahin äussert: „ . . . gewöhnlich liefert der Besteller den Stoff und so wird der Arbeiter erst nach Verfertigung und Billigung der Arbeit, also nach Ablieferung derselben Bezahlung verlangen können“, so ist das unrichtig. Nach den obigen Ausführungen kann der Arbeiter zur Ablieferung ohne vorausgegangene oder wenigstens gleichzeitige Zahlung gar nicht bemüssigt werden. Und selbst wenn das Kleid vom Besteller anprobirt, also angezogen wird,

¹⁾ a. a. O. S. 192.

so liegt hierin noch entschieden keine Ablieferung, d. h. eine Uebergabe. Wenn der Besteller das Kleid gut findet, es aber erst später zahlen will, so ist der Arbeiter befugt, das Kleid sofort zurückzunehmen und es bis zur Zahlung zurückzubehalten.

Aus dem Vorstehenden hat sich ergeben, dass in fünf Vertragsverhältnissen (Tausch, Kauf, Pfand, Mandat und Lohnvertrag — bei den letzteren zweien in den bezeichneten Arten) das Rückhaltungsrecht vorhanden ist, dass es überall die Bedingung der Gleichzeitigkeit der Gegenleistung zur Voraussetzung hat und dass sein Rechtstitel der jeweilige Vertrag ist.

Wir untersuchen nunmehr nachstehende Fälle:

1. *A* besitzt zwei werthvolle, aus Silber getriebene Figuren, die eine davon etwas kleiner als die andere. Er lässt diese Figuren in dem Glauben, dass ihm beide gehören, durch einen Künstler in eine solche Verbindung bringen, dass ihre spätere Absonderung oder Trennung, soll nicht eine schwere Beschädigung beider Figuren eintreten, unmöglich ist.

Wir nehmen ferner an, dass die früher dem *B* gehörige Figur einen Werth von 100 fl., die kleinere einen Werth von 50 fl. hatte und dass auch jetzt nach der Vereinigung beide Figuren einen Gesamtwertb von 150 fl. besitzen; dass ferner, weil keinem Theile ein Verschulden an der Vereinigung beigegeben werden kann, dem *B* das Recht zusteht, die beiden Figuren als sein Eigenthum zu betrachten — §. 415 b. G. B. — und dass *B* auch wirklich ihre Herausgabe von *A* begehrt.

Woferne nun *B* sich weigern würde, den Ersatz der einen Figur per 50 fl. zu zahlen oder auch, wenn *B* diesen Ersatz etwa erst in vier Wochen leisten wollte, so steht dem *A* auch in diesem Falle das Retentionsrecht zu. Der Titel hiezu liegt hier in dem Gesetze, in dem genannten §. 415 b. G. B.

Wohl verfügt letzteres, dass *A* beide Sachen, also auch die seine an *B* zu überlassen hat; allein es fügt dieser Anordnung eine Bedingung hinzu, nämlich dass *A* die Sachen nur „gegen Ersatz“ überlassen müsse und spricht also schon der Wortlaut des Gesetzes für das wirkliche Vorhandensein der gedachten Bedingung, u. zw. für die Bedingung, dass der Ersatz mindestens gleichzeitig geleistet werden müsse.

Für diese Auslegung des Gesetzes spricht auch noch folgende Erwägung.

Angenommen, das Gesetz hätte *implicite* oder *verbis expressis* angeordnet, dass, wenn *B* die Uebergabe fordert, *A* diesem Begehren auch dann sofort zu entsprechen habe, wenn *B* noch nicht geleistet hat, auch jetzt nicht leistet, vielmehr erklärt, dass er den Ersatz später leisten werde.

Die Folge wäre, dass *A* einen widerrechtlichen Nachtheil erleiden, *B* einen eben solchen Vortheil erlangen würde und würde demnach eine solche Verfügung des Gesetzes statt des Rechtes ein offenes Unrecht statuieren. Im vorliegenden Falle wäre es das Gesetz, das einen Borgzwang statuiert hätte. Dass nun aber eine dahin gehende Auslegung des §. 415 absolut ausgeschlossen ist, das leuchtet von selbst ein.

Das Gesetz will Recht und nur Recht geben; mit der ersten Anordnung verhilft es dem *B* zu dessen Eigenthume oder Besitze, mit der zweiten belässt es den *A* in seinem Eigenthum, in seinem Besitze, was aber nur auf die bezeichnete Art möglich ist.

Die zweite Verfügung bildet hienach eine Einschränkung der ersteren, beziehungsweise eine Einschränkung der Forderung des *B* und der Verpflichtung des *A* und nachdem auf dieser Einschränkung, auf dieser von dem Gesetze aufgestellten Bedingung das Retentionsrecht des *A* beruht, so ist der Rechtsgrund desselben im jetzigen Falle das Gesetz.

2. *A* ist redlicher Besitzer eines fremden Marmorblockes und

verfertigt daraus eine Statue.¹⁾ u.²⁾ Nun erscheint *B* und verlangt nach §. 415 die Uebergabe der Statue. *A* anerkennt auch sein Recht, behält aber gleichwohl die Sache zurück, weil *B* nicht gleichzeitig den Ersatz leistet. Dazu ist *A* vollkommen berechtigt. Die Umwandlung des Steines in die Form der Statue, diese dem Steine gegebene werthvolle Form, sie sind eine Wirkung, ein Erzeugniss, eine Frucht der Arbeit und Kunst des *A*, sie rühren aus seiner Person, aus seinem Vermögen her.

In dem vorigen Falle hatten sich Sachen im eigentlichen Sinne und nur solche mit einander vereinigt; im jetzigen Falle aber ist mit der Sache des *B* nicht auch eine Sache, sondern eine Wirkung, die Frucht einer Arbeit des *A* vereinigt worden.³⁾ Diese Verbindung ist noch sichtbar in der jetzt vorhandenen Form der Sache. Sie hat aber nicht blos die frühere Gestalt des fremden Stoffes verändert, sie hat zugleich dessen Werth, u. zw. um den Werth eben der neuen Form verändert und beziehungsweise erhöht. So gewiss nun im Falle Z. 1 *B* die Sache nur bei gleichzeitiger Gegenleistung des Ersatzes an sich nehmen darf, so gewiss auch im jetzigen Falle.

Durch die Formgebung hat der Stoff eine werthvollere Gestalt erhalten; würde *B* die Sache nunmehr ohne Weiters an

¹⁾ Aehnliche Fälle: *A* bäckt aus fremdem Mehle Brod, keltert aus fremden Trauben Wein, macht aus fremdem Leder Schuhe u. s. w.

²⁾ In diesem Falle wurde mit der fremden Sache blos die fremde Form verbunden; häufig sind aber die Fälle, wo der Inhaber der Sache damit auch noch ihm gehörige Sachen verbindet, z. B. wenn der Schneider die zu dem aus dem fremden Stoffe verfertigten Anzuge nothwendigen Nebensstoffe aus dem Seinen genommen und hiezu verwendet hat. In solchen Fällen erscheint das Rückhaltungsrecht auf zweifacher Grundlage, wenngleich der Rechtsgrund auch hier nur einer, das Gesetz ist.

³⁾ Den gleichen Gedanken drückt Burkhardt, System, Bd. II, S. 123, also aus: „Es steckt hier zwar nicht in der neuen Sache eine fremde Sache . . . , aber es steckt eine fremde Arbeit in ihr und diese repräsentirt für den Arbeiter gerade so gut einen Werth, als eine etwa einverleibte Sache.“

sich nehmen, so wäre es genau so, als wenn *B* seinen Stoff, ungeachtet daran eine bestimmte Geldsumme des *A* hängt, zu sich nehmen würde. So gewiss er aber das nicht darf, den Geldbetrag des *A* vielmehr zurücklassen muss, ebenso gewiss hat *B* zur selben Zeit, da ihm die umgeformte, die specificirte Sache übergeben wird, den Ersatz der Form zu leisten, u. zw. bei sonstigem Retentionsrechte des *A*. Dieses Recht wurzelt daher gleichfalls in dem Vermögen des *A* und sein Rechtstitel ist gleichfalls das Gesetz.¹⁾

3. Zwei Kaufleute, *A* und *B*, wollen ihre Waare von *L* nach *M* schaffen, weil sie hier den doppelten Preis hat.

Aus Versehen schafft *A* die Waare des *B* nach *M* und lagert sie in seinem Speicher ein.

B kommt nach *M* und verlangt von *A* seine Waare. *A* ist zur Herausgabe auch in diesem Falle nur unter der schon mehrerwähnten Bedingung, nur bei gleichzeitigem Erhalte des Ersatzes des Lohnes für seine Transportthätigkeit verpflichtet und gebührt ihm bis dahin das Rückhaltungsrecht, u. zw. aus nachfolgender Erwägung:

Hätte *B* die Waare selbst nach *M* transportirt, so würde er für dieselbe allerdings das Doppelte, z. B. 600 fl. erlöst haben.

Allein die andere Hälfte dieser Summe, die weiteren 300 fl. wären ihm deshalb noch kein voller oder reiner Gewinn gewesen; er hätte vielmehr den Werth seiner Transportarbeit, z. B. im Betrage von 50 fl. in Abschlag bringen müssen und würde also der Mehrgewinn netto nur 250 fl. ergeben haben.

Hat nun ein Anderer statt seiner die Waare nach *M* geschafft und würde *B* ohne weiters die Waare in *M* sich aneignen, so würde er damit ihren vollen Mehrwerth per 300 fl. erhalten,

¹⁾ Diese Ausführungen gelten zur Gänze auch dort, wo dem *A* die Sache von *B* zur Vornahme dieser Arbeit übergeben worden ist, also ein Vertrag abgeschlossen wurde; nur dass dann, wie schon oben dargethan, der Titel des Retentionsrechtes in dem Vertrage liegt.

er würde eben volle 600 fl. als Kaufschilling erlösen und so ist klar, dass *B* mit der Waare auch einen derselben aus dem Vermögen des *A* zugeflossenen Werthstheilbetrag per 50 fl. — das Brutto in den 300 fl. — erhalten würde, obwohl ihm hierauf doch nicht der geringste rechtliche Anspruch zusteht. Nachdem sich jedoch dieser Werthsbetrag aus der Waare selbst nicht absondern lässt, so folgt, dass *B* diesen Werth dem *A* baar ersetzen, diesen Ersatz aber mindestens auch gleichzeitig leisten muss und dass andern Falls *A* die Waare zurückhalten darf. Der Grund dieser Befugniss ruht also ebenfalls in dem Gesetze, §. 415 b. G. B.¹⁾

Der jetzige Fall ist im Wesentlichen dem vorigen gleich. In beiden Fällen nimmt der Inhaber der fremden Sache an dieser eine Arbeit vor und wird der Werth derselben mit ihrem Werthe vereinigt. Dagegen sind beide Fälle insoferne verschieden, als in Z. 2 durch die Arbeit die Form der Sache, im jetzigen Falle aber nur deren Ort verändert wird und steht also der Fall Z. 2 unter dem gesetzlichen Begriffe „Verarbeitung“, der jetzige Fall unter dem allgemeineren der „Vereinigung“.

4. *A* ist es nicht selbst, welcher die fremde Sache umformt oder an einen andern Ort bringt, er lässt vielmehr diese Arbeiten durch dritte Personen verrichten, und zahlt sodann deren Rechnungen — Lohn, Fracht.²⁾

¹⁾ Dieselben vorstehenden Ausführungen haben selbstverständlich auch und um so mehr dann Geltung, wenn *A* von *B* zu diesem Transporte beauftragt worden ist; nur dass der Rechtstitel nicht das Gesetz, sondern der Vertrag ist. Hieher gehört also auch der Fall, wenn dem Mandatar z. B. in dem oben erwähnten Mandatsvertrage, für seine Mühewaltung eine Entlohnung gebührt; auch in Ansehung letzterer steht ihm das Recht der Zurückhaltung zu. Dass der Werth einer Sache auch durch ihren Transport erhöht wird, ist schon in den Protocollen zum a. d. H. G. B., S. 861 u. 4625, anerkannt.

²⁾ Damit stossen wir auf den Begriff „Auslagen“. Die Begriffe „Aufwand“ und insbesondere „Verwendung“ sind allgemeiner, sie umfassen nicht blos den jetzigen, sondern auch die Fälle Z. 1, 2 u. 3. Was von der Fracht gilt, gilt

In diesem Falle verbindet sich also das Geld des *A* mit der Sache des *B*, mit ihrem Werthe; allein diese Verbindung ist eine bloß mittelbare, das Geld setzt sich zunächst in fremde Arbeit um und erst diese vereinigt sich in der gezeigten Weise mit der fremden Sache. Der Titel des Retentionsrechtes ist also auch hier das Gesetz.¹⁾

5. *A* findet eine von *B* verlorene Sache.

Dass dem Finder in Ansehung seiner Kosten und des Finderlohnes das Rückhaltungsrecht zusteht, ergibt sich aus der besonderen Anordnung des §. 392 b. G. B. — „nach Abzug der Kosten und des Finderlohnes“. Nun passt aber der Ausdruck Abzug nur dort, wo Geld gefunden oder die gefundene Sache zur Zeit, da der Eigenthümer sich meldet, bereits in Geld umgesetzt war, nicht aber, wo eine Sache gefunden wurde und diese rückgestellt werden muss.

Allerdings dürfte auch in einem solchen Falle unter Anwendung der Analogie bei Auslegung des §. 392 das Rückhaltungsrecht sich behaupten lassen; allein es bedarf dieses Nothbehelfes überhaupt nicht; selbst wenn §. 392 den Ausdruck

selbstverständlich auch von Zöllen, wenn nur unter Zahlung derselben der Transport bis zu einem bestimmten Orte möglich ist.

¹⁾ Hieher zählt auch der Fall, da *A* bei *B* Waaren bestellt, selbe erhält, hiefür Fracht und Zoll entrichtet, dann aber die Waaren als vertragswidrig erkennt. Hätte *A* das rechtzeitig gewusst, so hätte er die Waaren nicht angenommen und die Auslagen an Fracht und Zoll, z. B. per 10 fl., hätte *B* selbst bestreiten müssen. Das Retentionsrecht des *A* ergibt sich nun aus folgender Erwägung: Angenommen, dass die Waare für *B* zur Zeit der Absendung einen Werth von 100 fl. hatte, so musste schon damals die von *B* zu bestreitende Auslage zu 10 fl. in Abschlag kommen und betrug also der wahre Werth bloß 90 fl. Würde nun *A* kein Retentionsrecht haben und würde *B* die Waare ohne Weiters, nämlich ohne sofortigen Ersatz jener 10 fl. zurückerhalten, so würde er in dieser Sache einen Werth von nicht bloß 90 fl., sondern von 100 fl. zurückempfangen, also jenen Werthbetrag, welcher aus der Cassa des *A* herrührt und worauf *B* einen Anspruch nicht besitzt.

„nach Abzug“ nicht enthielte, müsste dem Finder ebenfalls jenes Recht zuerkannt werden. Wer eine fremde Sache findet und in der Absicht, sie dem Eigenthümer zurückzugeben, auf- und an sich nimmt, der nimmt die Sache offenbar in Verwahrung. Sein Verhältniss zu dieser Sache und zu ihrem Herrn ist wesentlich das eines Verwahrers oder Depositars. Dieses Verwahrungsverhältniss ist aber kein vertragsmässiges, es ist ein gesetzliches.

Nun ist die Besorgung einer Verwahrung ebenfalls gar nichts anderes als eine Arbeitsleistung; denn der Verwahrer hat mit der Sache zu thun, bald mehr bald weniger, er nimmt sie unter Verschluss, er beaufsichtigt und untersucht sie beziehungsweise ihren Verwahrungsort vielleicht täglich und gebraucht, um sie zu erhalten, vor drohendem Schaden oder Verlust zu bewahren, unter Umständen ganz besondere Vorsichtsmassregeln. Der Verwahrer unseres Falles, der Finder, hat ferner allerlei Schritte zu thun, um den Eigenthümer der Sache ausfindig zu machen.

Er entwickelt also eine dem Verlustträger zu Gute kommende Thätigkeit und für diese spricht ihm das Gesetz den sogenannten Finderlohn zu.

Nachdem nun der Finder und Verwahrer diese Arbeiten nicht für sich, sondern für den Eigenthümer der Sache geleistet hat, also in Wirklichkeit nur als dessen Stellvertreter; nachdem also der Fall so betrachtet werden muss, als ob der Eigenthümer diese Thätigkeit selbst und persönlich an der Sache aufgewendet hätte, in diesem Falle aber die Sache, obwohl sie noch immer einen allgemeinen Werth, z. B. von 100 fl. besitzt, ihm nicht mehr als soviel werth, sondern in ihrem Werthe um jenen der aufgewendeten Thätigkeit — nach §. 392 zu 10 fl. — gemindert, also nur im Werthe von 90 fl. erscheinen wird und erscheinen kann, so ist klar, dass, wenn derselbe gleichwohl die Sache von dem Finder ohne Weiteres an sich nehmen

würde, er damit einen Werthstheilbetrag erhielte, welcher aus der Thätigkeit des Finders her stammt. Es schafft aber jede Arbeit zunächst nur einen Bruttowerth, von dem der Werth der Arbeit in Abrechnung zu bringen ist.

Im vorliegenden Falle hat die Thätigkeit des Finders den Werth der ganzen Sache erhalten und ist hievon der Werth seiner Thätigkeit abzuschlagen. Es ergibt sich also auch hier, dass, weil dieser mit dem Werthe der Sache verbundene Theilbetrag von der Sache doch nicht mehr abgetrennt werden kann, ein gleicher Betrag dem Finder, u. zw. sofort bei Uebergabe der Sache und bei sonstigem Retentionsrechte desselben in Baarem erstattet werden muss und ergibt sich ferner, dass dieses Retentionsrecht schon im §. 415 b. G. B. wurzelt.

Es ist ferner ersichtlich, dass dieser Fall im Wesentlichen den unter Z. 2 und 3 erwähnten gleicht und sich von ihnen nur darin unterscheidet, dass hier die Wirkung der Thätigkeit eine wertherhaltende, dort eine wertherhöhende ist. Und darin zeigt sich noch ein weiterer Grund für das Retentionsrecht im jetzigen Falle: Steht dasselbe nämlich schon demjenigen zu, der mit seiner Arbeit lediglich den Werth der fremden Sache — vielleicht nur gering — erhöht hat, dann muss es gewiss auch dem zuerkannt werden, dessen Thätigkeit die ganze Sache, also ihren ganzen Werth erhalten hat.

Was endlich die Auslagen des Finders betrifft, so liegt der Titel seines Retentionsrechtes, den früheren Ausführungen entsprechend, ebenfalls in dem §. 415.

6. Es rettet *A* die bewegliche Sache des *B* von dem unvermeidlichen Verluste oder Untergange — §. 403 b. G. B.

Nehmen wir beispielshalber, dass *A* aus der Ferne wahrnimmt, wie *B* von einem Räuber seiner Uhr und Börse beraubt wird; ferner dass *A* dem flüchtigen Räuber nacheilt, ihn einholt, jetzt den Räuber, der sich auf's Aeusserste zur Wehr

setzt, unter Aufbietung aller Kräfte glücklich überwältigt und ihm Uhr und Börse wieder abnimmt.

Es bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung, dass auch hier dem *A* das Recht der Zurückhaltung zusteht. Dieser Fall ist ganz von der Art des vorangehenden: Hier wie dort wird dem Andern die ihm verloren gegangene Sache zurückverschafft. Der Unterschied liegt blos darin, dass *B* Zeuge seines Verlustes ist, dann dass das Zurückverschaffen der Sache die Person des Retters in einem höheren, oftmals sehr hohen Grade in Anspruch nimmt, indem eine derartige Rettung nicht selten unter Gefahr seines eigenen Vermögens, ja oft seiner Gesundheit und sogar des Lebens erfolgt.

Da also die physische und so häufig auch die moralische Kraftbethätigung des Retters eine bei Weitem grössere ist als die Thätigkeit des Finders, so erscheint es wohl sonderbar, dass das Gesetz auch hier die Belohnung nur mit 10 Procent, u. zw. als höchsten Betrag ausgemessen hat, während dem blossen Finder eventuell noch eine Entlohnung von 5 Procent gebührt. Dass hieher im allgemeineren Sinne auch der Fall des §. 333, Absatz 2, b. G. B., zählt, ist selbstverständlich.

7. *A* hat eine Lebensversicherungspolizze des *B* in Verwahrung. Auf diese Polizze ist bis zu einem bestimmten Termine bei sonstigem Verluste des ganzen Versicherungsanspruches eine neuerliche Prämie von 100 fl. zu zahlen.

Da *B* nicht rechtzeitig erscheint, so zahlt *A* diese Prämie.

Auch in diesem Falle ist *A* die Polizze nur gegen gleichzeitige Erstattung des Betrages von 100 fl. dem *B* auszufolgen verpflichtet, wie aus folgenden Betrachtungen hervorgehen wird:

A, nehmen wir an, hat in seinen Acker 20 Metercentner Weizen gesät und eine Ernte von 200 Metercentner erzielt.

Diese 200 Metercentner Weizen sind aus dem verwendeten Samen herausgewachsen, jedes einzelne Samenkorn hat sich allmählig zu einer Pflanze und zu einer Aehre mit durchschnitt-

lich etwa 20 Körnern entwickelt. Der Samen ist also keineswegs verloren gegangen oder in der Erde zurückgeblieben, er hat sich vielmehr, allerdings unter Zufluss von Feuchtigkeit und nährenden Bodenbestandtheilen und unter Mitwirkung von Luft, Licht und Wärme in neuen und mehrfachen Samen verwandelt und zeigt sich also der zur Saat verbrauchte Samen mit dem geernteten Weizen auf das Innigste verbunden.

Betrachten wir aber auch noch den Fall:

A spielt mit vier Anderen ein Glücksspiel, der Einsatz beträgt jedesmal 1 fl. und gewinnt *A* fünfmal hintereinander. Sein Gesamtgewinn beträgt daher, wie es scheint, 25 fl. In Wirklichkeit verhält es sich aber ein wenig anders; denn zur Erlangung des Gewinnes waren fünf Einsätze, zusammen 5 fl., erforderlich, welche *A* aus seinem schon gehabtten Vermögen bestritten hat und stellt also die Gewinnstsumme von 25 fl. lediglich einen Bruttogewinn vor, ebenso wie die obige Ernte nur eine Bruttoernte und ist daher der wahre und wirkliche Gewinn blos 20 fl.

Genau in derselben Weise verhält es sich in unserem jetzigen Falle.

Was der Samen für die Ernte, der Spieleinsatz für den Spielgewinn, das ist die Prämie für die Versicherungssumme. Auch die Prämie ist es, welche auf und in dem Boden des Versicherungsverhältnisses die Versicherungssumme erzeugt, mit dieser sohin gleichfalls auf's Innigste verbunden erscheint.

Das Eigenartige dieser Verbindung liegt darin, dass die von *A* gezahlte Prämie sich mit dem zwischen *B* und der Versicherungsgesellschaft bestehenden Vertragsverhältnisse und mit der hieraus für *B* erwachsenen Versicherungsforderung, also juristisch verknüpft hat, dass aber insoferne, als der gezahlte Prämienbetrag in die Versicherungscasse geflossen ist und sich mit dem hier für *B* erliegenden Versicherungsbetrage verbunden hat, zugleich eine natürliche Sachverbindung besteht, die sich

jedoch von der gleichen Verbindung in Z. 1 darin unterscheidet, dass dort *A* beide Sachen unmittelbar in seiner Hand hat, im jetzigen Falle aber nur mittelbar, nur in und mit der Polizze, die aber zur Versicherungscassa sozusagen den Schlüssel bildet, da ohne die Polizze, ausser im Falle von Amortisationen, die Zahlung der Versicherungssumme nicht zu erhalten ist.

Wie sehr das seine Richtigkeit hat, geht auch aus der Erwägung hervor, dass, hätte *A* die fällige Prämie nicht rechtzeitig eingezahlt, die ganze Polizze ein werthloses Stück Papier geworden wäre und folglich auch nur ein solches *B* zurückverlangen könnte.

Würde ihm also dermal die Polizze ohne Weiters, ohne gleichzeitigen Ersatz der Prämie ausgefolgt, so würde *B* die Polizze mit dem vollen Werthe der Versicherungssumme und damit zugleich aber auch den aus dem Vermögen des *A* herührenden Werthsbetrag empfangen, obwohl ihm hierauf an und für sich oder unbedingt ein Anspruch nicht zusteht.

Es hat daher *A* auch im jetzigen Falle das Zurückhaltungsrecht und ist sein Titel ebenfalls das Gesetz, §. 415 b. G. B.

8. *A* hat von *B* ein Pferd gekauft, es übernommen und den Kaufschilling entrichtet.

Wegen Mangels giltiger Einwilligung wird von Seite des *B* die Aufhebung des Vertrages und die Rückstellung verlangt — §. 877 b. G. B.

A ist zu Allem bereit, hat jedoch, nach den bisherigen Ausführungen, auch hier das Recht der Zurückhaltung. Der Titel desselben beruht jedoch nicht, wie es im ersten Augenblicke scheinen möchte, auf dem Kaufvertrage; denn dieser ist ja als nichtig erklärt worden; der Titel beruht hier gleichfalls auf dem Gesetze, auf dem genannten §. 877; dieses ist es, welches hier verfügt, dass die Sache des *B* an *A* und dessen Sache an *B* zurückgehen soll, jedoch nur gegen die je ent-

sprechende Gegenleistung, und dass letztere gleichzeitig stattfinden muss, widrigens nicht geleistet zu werden braucht, das folgt aus der Analogie des §. 415 und aus den übrigen namhaft gemachten Gründen.

Was im ebengenannten Falle Geltung hat, gilt ebenso in den entsprechenden, ganz gleichartigen Fällen der §§. 932, 934 und 980 b. G. B.

Was nun aber noch die Verbindung in diesen Fällen betrifft, so ist dieselbe von jener in allen früheren Fällen verschieden.

In den früheren Fällen hat *A* stets zwei Sachen in seiner Hand, eine fremde und eine ihm selbst gehörige und sind diese beiden Sachen überall zu einer vereinigt.

In den Fällen Z. 8 hingegen hat jeder Theil nur seine Sache im Besitze und zeigen sich diese beiden Sachen keineswegs als zu Einer verbunden.

Allein eine Verbindung gibt es gleichwohl auch hier und zwar dieselbe, wie sie uns bei der vertragsmässigen Retention entgegentritt. Diese Verbindung ist ein blosses Rechtsband, dort der Vertrag, hier das Gesetz; hier wie dort werden beide Sachen von dem Rechtsbande umfasst, ohne jedoch darum zu einer Sache vereinigt zu werden.

Die Fälle Z. 8 stehen daher zwischen jenen der vertragsmässigen Retention einerseits und jenen der gesetzmässigen Retention andererseits in der Mitte; mit ersteren haben sie die Art der Verbindung, mit letzteren die Art des Titels gemeinsam.

Damit sind sich diese beiden Gruppen von Retentionsfällen bereits ansehnlich nahe gekommen. Im Folgenden wird sich aber zeigen, dass beide Gruppen sich wesentlich überhaupt vollkommen gleichen.

Nehmen wir aus der ersteren Gruppe zuvörderst den Tauschvertrag im engern Sinne, so finden wir hier den Begriff des Tausches in seiner ältesten wie einfachsten Form.

Denselben Begriff finden wir ferner in dem Kaufvertrage; dieser ist gleichfalls nichts als ein Tauschvertrag, ein Tausch im weiteren Sinne des Wortes.

Den gleichen Begriff finden wir ferners in dem Darlehens- und Pfandvertrage, wenn also z. B. *A* dem *B* 1000 fl. als Darlehen zuzählt und *B* dem *A* gleichzeitig (oder nachträglich) ein Pfand im gleichen Werthe von 1000 fl. übergibt. Zahlt *B* das Darlehen nicht zurück, so macht sich *A* aus dem Pfande bezahlt, gibt also seinerseits das Pfand nicht zurück. Wird nun das Pfand realisirt, u. zw. durch den Verkauf desselben, so kommt es zu einem Tausche (Geld gegen Geld, oder der Gläubiger erstet selbst das Pfand). Wird aber etwa die Belassung des Pfandes *in solutum* vereinbart, so entsteht gleichfalls ein Tausch.

Selbstverständlich ist der Tausch hier zunächst ein bedingter und wird er erst durch die Nichtzahlung und beziehungsweise durch Realisirung des Pfandes zu einem unbedingten.¹⁾

¹⁾ Dankwardt, a. a. O. S. 48, sagt mit Unrecht: „Wer einen Werth nur gegen Realsicherheit weggibt, will nicht creditiren, er will den Werth in anderer Form zurückhaben, es findet ein Austausch von Werthen statt.“ D. nimmt das Wort „creditiren“ offenbar im Sinne von „riskiren“, „Gefahr laufen“ etc., während es doch nur „glauben“ (annehmen, erwarten, vermuthen . . .) bedeutet, in diesem Sinne aber creditirt auch der Pfandnehmer trotz des Pfandes. Weiter ist aber auch das unrichtig, dass Pfandgläubiger den von ihm gegebenen Werth in anderer Form zurückhaben wolle. Gläubiger will das nicht; wäre dem so, dann würde er sich die Sache gleich kaufen und sich nicht der Möglichkeit, ja der Wahrscheinlichkeit aussetzen, dass er diese andere Form wieder hingeben muss. Es ist endlich nicht richtig, dass beim Creditiren gegen Pfand ein Austausch stattfindet, nämlich ein Austausch für immer — ein unbedingter Austausch; derselbe ist zunächst bloß ein bedingter und verwandelt sich nur eventuell, bei Nichtzahlung in einen Austausch und das auch dann nur, wenn Gläubiger es im Executionswege selbst erstet. Unrichtig ist endlich auch die Meinung Dankwardt's, S. 49, dass das Eigenthum an einem verpfändeten Gut nur ein formelles, dass ein solcher Eigenthümer nur der Pächter dieser sog. Creditoren sei (die Dankwardt als „Käufer“ ansieht). Diese irrige Auffassung Dankwardt's hat ihre Wurzel ersichtlich in demselben Uebersehen, dass das Pfand (auch das Grundpfand) nur bedingt gegeben wird.

Im gleichen weiteren Sinne finden wir den Begriff des Tausches endlich auch beim Lohnvertrage der obigen Arten; denn auch hier wird eine Sache des Bestellers der Arbeit — eine eigentliche Sache oder Geld — gegen eine Sache des Arbeiters (die Wirkung, Frucht der Arbeit) hingegeben und schon die Festsetzung eines Lohnes überhaupt zeigt, dass hiefür von Seite des Arbeiters ebenfalls etwas Sachliches oder ein sachlich Werthvolles geleistet wird.

Soweit es also die Verträge anlangt, kann das Retentionsrecht nur bei Tauschverträgen im weiteren Sinne des Wortes zur Anwendung kommen.

Wollen wir uns davon so recht überzeugen, so brauchen wir nur an eine Schenkung, einen unentgeltlichen Leih- oder Verwahrungsvertrag, oder an einen Glücksvertrag zu denken, wo es überall ein vertragsmässiges Retentionsrecht nicht, aber auch einen Tausch nicht gibt.

Wenden wir uns nun zur zweiten Gruppe der Retentionsfälle, zur gesetzmässigen und zu der erwähnten Mittel- oder dritten Gruppe, so begegnen wir auch hier ohne Ausnahme demselben Begriffe des Tausches. Ueberall überlässt *A* eine aus seinem Vermögen stammende Sache an *B* und erhält dafür von *B* als Ersatz, als Gegenwerth eine von dessen Sachen.

Mögen also immerhin die einzelnen Fälle der beiden Gruppen I und II in ihrer Entstehung von einander verschieden sein (dort Willenseinigung beider Theile und sohin Vertragstitel, hier Vereinigung zweier fremder Sachen zu einer und sohin Gesetztitel), in ihrem Inhalte, in ihrer Wirkung sind die Fälle beider Gruppen einander thatsächlich vollständig gleich, sie gehen sämmtlich auf einen Tausch.

Aus dieser innerlichen und wesentlichen vollständigen Gleichartigkeit der Fälle dieser beiden Gruppen oder wie sie auch bezeichnet werden dürfen, der Verwendungs- und der synallagmatischen Fälle ergibt sich die Unrichtigkeit der von

Schenk und Grosskopf aufgestellten Ansicht, dass es in den letzteren Fällen ein Retentionsrecht nicht gebe.

Bei diesem Anlasse glauben wir einige Worte über den Thatbestand des Retentionsrechtes bemerken zu sollen.

Wie jedes Recht in einer sinnlich wahrnehmbaren That-
sache seine Wurzel hat, durch diese Thatsache, selbstverständ-
lich bei Vorhandensein ihrer Anerkennung seitens der allge-
meinen Rechtsordnung erzeugt wird, so verhält es sich auch
mit unserem Retentionsrechte.

Was nun sein Thatbestand ist, ergibt sich aus allem Voran-
gehenden bereits von selbst; er ist jenes Verhältniss, demzufolge
zwei fremde Sachen gegeneinander getauscht werden sollen,
also kurz, ein Tauschverhältniss. Dieses Verhältniss tritt
aber ein, wenn entweder beide Sachbesitzer sich einigen —
Tauschwille beider Parteien, Vertrag — oder wenn ohne solche
Willenseinigung entweder zwei fremde Sachen in gewisser Art
zu Einer vereinigt oder getauschte Sachen rückgetauscht werden
sollen — Tauschwille des Gesetzes.

Jede dieser Thatsachen und das durch jede erzeugte
Tauschverhältniss stellt sich als ein höchst einfaches dar. Gleich-
wohl sind hierüber unter den Retentionsschriftstellern die aller-
verschiedensten Ansichten hervorgetreten.

Wir sind ausser Stande, hier alle diese verschiedenen
Meinungen wiederzugeben; es wäre das auch im Grunde nutzlos
und beschränken wir uns auf die kurze Betrachtung bloß der
folgenden.

Schenk — a. a. O. S. 17 — stellt zunächst 4 Momente
als wesentliche Erfordernisse des Retentionsrechtes auf, u. zw.
1. einen das *jus ret.* ertheilenden Rechtsgrund, 2. Besitz, 3. eine
Sache, 4. eine Forderung. Bei Betracht der Forderung kommt
Schenk — §§. 35, 41, 45 — zu einem 5. Erforderniss, zur
Connexität zwischen der Forderung des Retinenten und der
res retinenda.

Hingegen bestehen nach Goldschmidt — a. a. O. S. 94 — für dieses Recht drei Voraussetzungen: 1. dass der Retinent etwas haben muss, worauf dem Kläger ein Anspruch zusteht, 2. dass der Gegenanspruch des Retinenten stets eine Forderung ist, 3. dass das Recht des Klägers und der Gegenanspruch des Beklagten connex sind.

In der Voraussetzung Z. 1 hat Goldschmidt die Schenk'schen Erfordernisse Z. 2 und 3 zusammengezogen und hat Goldschmidt weiter von dem Erforderniss eines Rechtsgrundes vollständig abgesehen. Die Zahlen dieser Erfordernisse oder Voraussetzungen erscheinen nun aber einerseits zu gross und andererseits dennoch zu klein. Aus unserer Darlegung geht hervor, dass das Retentionsrecht im Grunde nur Ein Erforderniss hat, nämlich einen gewissen rechtswirksamen Thatbestand.

Dieser Thatbestand enthält alle 3 Voraussetzungen Goldschmidt's und die letzteren 4 Erfordernisse Schenk's. Daneben aber zeigt sich inbegriffen in dem Thatbestande des Retentionsrechtes noch das weitere unumgängliche Erforderniss der auf einen Sachentausch gerichteten Willenseinigung zweier Personen (Vertrag); oder der einseitig vorgenommenen Vereinigung zweier fremder Sachen zu Einer Sache und des hiedurch (nach dem Gesetzeswillen) nöthig gewordenen Sachentausches, oder endlich eines schon erfolgten Tausches, der jedoch — auch zufolge gesetzlicher Verfügung — behoben werden soll.

Dass in diesem Thatbestande insbesondere auch das Requisit der sogenannten Connexität vorfindig ist, geht aus obigen Ausführungen evident hervor.

Doch eben dieser Rechtsbegriff ist es, über welchen die Ansichten am weitesten auseinandergehen.

Schenk, a. a. O. S. 41, versteht unter Connexität „ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältniss“ zwischen der Forderung des Inhabers der fremden Sache und dieser letzteren.

Dass nun vor Allem zwischen der Forderung und der Sache keine Verwandtschaft existirt, leuchtet von selbst ein. nicht minder jedoch, dass die Definition „Beziehungsverhältniss“ abgesehen von der sprachlichen Unrichtigkeit (Tautologie) viel zu allgemein erscheint, da eine Beziehung oder ein Verhältniss auch z. B. zwischen einer Darlehensforderung und ihrem Gegenstande, zwischen der Forderung des Verleihers und deren Gegenstande u. s. w. vorhanden ist, hier aber (blos darum) ein Retentionsrecht nicht zusteht.

Wohl versteht Schenk seinen Ausdruck von jenen Fällen, wo Jemand, der wider einen Andern eine Forderung besitzt, dessen Sache in Händen hat; allein auch da lässt sich aus dieser Definition nicht entfernt entnehmen, von welcher Beschaffenheit diese Beziehung und dieses Verhältniss ist.

Werfen wir einen Blick auf die obigen Fälle der Gruppe II (die Vertragsgruppe wird von Schenk nicht anerkannt), so finden wir, dass die „Beziehung“ zwischen der Forderung des Inhabers der fremden Sache und letzterer aus der Thatsache herauswächst, dass *A* mit der fremden Sache seine eigene Sache zu Einer untrennbar vereinigt hat, und dass demzufolge, in Gemässheit der Auffassung und Statuirung des Gesetzgebers, mit der fremden Sache auch die von ihrem Inhaber auf dieselbe verwendete oder mit ihr verbundene an den Eigenthümer der fremden Sache — auf dessen Verlangen — übergeben werden müsse, natürlich gegen Ersatz und gegen gleichzeitigen Ersatz, dass also ein offenes Tauschverhältniss vorliegt und dass die Forderung des *A* und die Sache des *B* darum connex sind, weil beide Sachen mit einander verbunden wurden und weil weiters das Gesetz um die Sache des *A* und um jene des *B* (nicht die in der vorausgegangenen Verbindung stehende, sondern die von *B* an *A* als Ersatz zu leistende) ein Rechtsband — auf Tausch gerichtete gegenseitige Forderungen und Verpflichtungen — ge-

schlungen hat, welches Band weiters auch bei der erwähnten Mittelgruppe vorhanden ist.

Dieses Rechtsband aber umfasst nicht blos die beiden zu tauschenden Sachen, die also insoferne connex werden, sondern auch die beiden, durch den jeweiligen Thatbestand erzeugten, gegenseitigen Tauschforderungen, die also gleichfalls connex sind und weil nun jede dieser Forderungen auf eine der beiden Sachen gerichtet ist, so ergibt sich, dass allerdings — wie Schenk sich äussert und ebenso noch viele Andere — auch die Forderung des Inhabers der fremden Sache mit dieser „in Connex“ steht.

Diese besondere Art oder Beschaffenheit des Connexes aber ist von Schenk nicht erkannt und nicht dargelegt worden.

Das Gleiche gilt von Goldschmidt, welcher die Connexität zwischen Recht und Gegenanspruch dort findet, wo dieselben „einem Complex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Betheiligten eine (natürliche, gewollte) Einheit bilden.“

Unter „Natur der Sache“ versteht Goldschmidt die Natur der Rechtsverhältnisse; Goldschmidt zieht also nicht alle nur immer denkbaren Rechtsverhältnisse heran, sondern nur jene, die „nach ihrer Natur“ eine Einheit bilden.

Da müssen wir aber natürlich sofort die Frage stellen, was wir uns hier unter „Natur“ zu denken haben, eine Frage auf welche Goldschmidt eine Antwort zu geben eigentlich gar nicht für nothwendig erachtet hat, denn er gibt sie nur ganz zufällig, nämlich in der Note 23, in der gegen Dernburg gerichteten Aeusserung: „ . . . Da neben der natürlichen, d. i. auf dem innern Zusammenhang von Anspruch und Gegenanspruch nach Entstehung oder Object beruhenden Einheit“

Diese Antwort ist jedoch selbstverständlich nichts weniger als eine genügende; sie drängt zu einer abermaligen Frage, nämlich was denn unter „innerem Zusammenhang von Forderung

und Gegenforderung“ zu verstehen sei und darauf lässt Goldschmidt den Leser absolut ohne Antwort.

Die Definition Goldschmidt's hat aber noch einen Fehler; sie spricht von einem Complex von Rechtsverhältnissen.

Nun bedeutet Complex eine Mehrheit und da müssen wir neuerdings fragen, ob zwei Rechtsverhältnisse genügen, oder ob etwa drei solche nothwendig sind, oder vielleicht gar vier oder fünf oder noch mehr und wie viele denn? Auf diese gewiss sehr natürliche Frage werden wir jedoch ebenfalls ohne Antwort gelassen.

Die Definition Goldschmidt's ist also entschieden fehlerhaft und demnach unbrauchbar; übrigens haben wir uns schon überzeugt, dass das Retentionsrecht nur Ein Rechtsverhältniss und ein sehr einfaches, ein blosses Tauschverhältniss zur Grundlage hat.

Dem richtigen Begriffe der Connexität entschieden näher gekommen ist Geller. Schon S. 12, a. a. O., oben, heisst es: „Anders in den Fällen, wo die beiderseitigen Ansprüche . . . sich gegenseitig bedingen“, dann S. 22, oben, „die Connexität der beiderseitigen Forderungen wird also als ein gegenseitiges Abhängigsein derselben von einander, als ein gegenseitiges Gebundensein der einen durch die andere aufgefasst“.

Mit letzterem Satze sagt Geller, dass eine Forderung die andere binde. Dasselbe, u. zw. ganz direct hat Geller schon S. 21 geäussert, nämlich in den Sätzen: „Allen diesen Entscheidungen liegt der Gedanke zu Grunde, dass . . . eine Forderung die andere binde“, und wieder: „Dies weist auf die Anschauung zurück, dass connexe Forderungen einander binden.“

Diese Sätze sind unrichtig. Sie erinnern an eine ganz ähnliche, von Geller schon früher gethane Aeusserung, dass die Macht über die Sache ein gewisses Recht des Prätendenten binde, der in dieser Schrift schon früher entgegengetreten wurde,

wenn auch nur verneinend und mit dem Beifügen, dass ein solches Binden, d. h. ausser Wirksamkeit setzen, allezeit andere Thatsachen erheische.

Obgleich wir nun nicht zu erkennen vermögen, weshalb Geller an die Stelle des ersten Satzes nunmehr den jetzigen, oder neben den ersten noch diesen gesetzt hat, müssen wir auch von dem neuen Satze sagen, dass er unrichtig ist und dass eine Forderung (für sich allein oder nur als solche) niemals eine andere Forderung bindet. Wäre das der Fall, dann wäre nicht abzusehen, warum nicht auch dort, wo beide Forderungen „ganz unabhängig und selbständig nebeneinander stehen“ — Geller, S. 10 — das gleiche gegenseitige Binden Platz greifen müsste.

Schon diese Erwägung zeigt, dass das Bindende oder das, was die Forderungen — auf Zeit — ausser Wirksamkeit setzt, ein von den Forderungen Verschiedenes sein müsse. Und so verhält es sich auch in Wirklichkeit.

In dem Augenblicke, da z. B. *A* seine Forderung gegen *B* erhebt, findet er vor derselben ein Hinderniss, nämlich eine Bedingung,

Nun wird uns Geller vielleicht entgegnen, diese Bedingung sei ja die gegnerische Forderung und dass also doch eine Forderung die andere binde. Doch auch dieser Einwand trifft nicht zu.

Der Inhalt der Bedingung ist nicht die Gegenforderung. Wäre das der Fall, dann würde dem Begriffe der Bedingung gemäss die Gegenforderung noch gar nicht existiren, zum Mindesten noch ungewiss sein, was jedoch der Thatsächlichkeit widerstreiten würde, da beide Forderungen gleichzeitig entstanden sind und noch vorhanden sind.

Der Inhalt der Bedingung ist also nothwendig ein anderer, und er ist lediglich die Erfüllung, u. zw. die gleichzeitige Erfüllung der Gegenforderung, also Etwas, das

allerdings zunächst noch nicht existirt, das erst eintreten soll und das also auch bis dahin ungewiss ist.

Durch diese Bedingung und durch deren Inhalt erscheint die Forderung des *A* vor Allem in klarer und fester Verbindung mit der Forderung des *B* und weil dies auch umgekehrt von der Forderung des *B* gilt, so erscheinen beide Forderungen zweifach mit einander verbunden, durch das Band, welches von der Forderung des *A* zu der Forderung des *B* reicht und weiter durch jenes, welches von der Forderung des *B* zur Forderung des *A* läuft; die Verbindung ist also eine gegen- oder wechselseitige.

Dieselbe Bedingung aber ist es, welche die beiden Forderungen auch „bindet“, nämlich sie (auf Zeit) ausser Wirksamkeit setzt und kann also die Meinung, dass Forderungen sich binden, als richtig nicht zugestanden werden.

Wir müssen hier noch auf einen Punkt aufmerksam machen.

Es hat sich schon früher ergeben, dass unsere beiden Tauschforderungen mitsammen in Verbindung stehen, u. zw. durch ein Band, dass nicht bloß diese Forderungen, sondern auch die zu tauschenden Sachen und die beiden tauschenden Personen umfasst.

Nun haben wir für die Forderungen noch ein zweites Band gefunden (u. zw. ein doppeltes, nämlich gegenseitiges): die einer jeden anhaftenden und auf die gleichzeitige Erfüllung der Gegenforderung gerichtete Bedingung — deren Vorhandensein schon früher wiederholt hervorgehoben wurde. Hieraus folgt, dass die beiden Forderungen sogar durch zwei Bänder verbunden erscheinen, durch das allgemeine und durch das besondere bloß für sie vorhandene.

Aus dem Vorstehenden geht von selbst hervor, dass auch die gleich im Beginne der vorliegenden Schrift mitgetheilte Ansicht Windscheid's, dass der Begriff der Connexität zu unbestimmt sei, um als Grundlage einer Rechtsregel dienen zu können, eine unrichtige ist. Es ist dieser Begriff ein ganz be-

stimmter und lässt sich derselbe auch als eine Rechtsregel gebrauchen, indem er, wenn auch nicht das warum, so doch stets das wo des Retentionsrechtes bezeichnet.

Da wir einmal bei dem Thatbestande des Retentionsrechtes halten, so wollen wir auch noch einige Worte über den Gegenstand dieses Rechtes anfügen.

Geller äussert sich diesfalls zunächst dahin ¹⁾: „Gegenstand des Retentionsrechtes aber kann nicht blos eine concrete Sache sein, sondern überhaupt jede Leistung, welche der Schuldner seinerseits von dem Gläubiger zu fordern hat, sofern nur Forderung und Schuld ²⁾ connex sind.“

Ausser concreten Sachen gibt es aber auch sogenannte unkörperliche Sachen, z. B. Forderungen und gibt es ferner auch Handlungen (Arbeiten), u. zw. positive und negative (Unterlassungen), die alle den Gegenstand von Leistungen bilden können.

Ob nun das Retentionsrecht auch diese weiteren Sachen zum Gegenstande haben könne, das lässt die vorstehende Aeusserung Geller's mit Sicherheit nicht entnehmen, auch nicht die ihr beigefügte Einschränkung.

U. E. ist die Frage auf folgendem Wege zu lösen:

Aus den früheren Ausführungen hat sich bereits soviel ergeben, dass das Retentionsrecht niemals einen eigenthümlichen oder besonderen Gegenstand hat, sondern dass derselbe stets identisch ist mit demjenigen, auf welchen die erhobene Forderung gerichtet ist.

Die nächste Frage geht aber dahin, ob diese Forderung, und da von beiden Forderungen das Gleiche gelten muss, ob beide Forderungen auf dieselben Gegenstände Bezug haben können, wie Forderungen überhaupt und im Allgemeinen, und

¹⁾ a. a. O. S. 20, oben.

²⁾ *recte* Forderung und Gegenforderung.

darauf kommt zu erwiedern, dass diese Forderungen — im Hinblick auf den mehr erwähnten Thatbestand — niemals auf ein Thun im engeren Sinne des Wortes, also im Gegensatze zum Geben und ebenso niemals auf ein Unterlassen (gestatten, leiden, dulden) gerichtet sein können.

Es hat nun den Anschein, dass schon nach mehreren der oben besprochenen Fälle (Lohnvertrag, entgeltliches Mandat, dann Specification u. a.) diese Meinung von vorneherein unrichtig sei, was jedoch nicht zutrifft: in allen diesen Fällen hat sich die Arbeit (ihre Frucht, Form, Werth) mit der fremden Sache oder allgemeiner mit der Sache, die an den Andern übergehen soll, zu Einer Sache verbunden und wird daher in allen jenen Fällen thatsächlich eine Sache zurückgehalten und gehen auch beide Forderungen je auf eine Sache (auf Leistung einer Sache).

Denken wir uns nun aber nachstehende Fälle: *A* verpflichtet sich gegen Entgelt, für *B* eine Reise zu machen, oder ein Lied zu singen, ein Stück auf dem Piano zu spielen, oder zu einer bestimmten Zeit zehn Schüsse abzufeuern u. dergl.

In allen diesen Fällen kann das Entgelt nur vor- oder nachher gegeben werden, nie aber gleichzeitig; selbst wenn es z. B. während des Singens dem Sänger auf das Notenpult gelegt würde, würde es in Ansehung des schon gesungenen Theiles als nachhinein, in Ansehung des noch folgenden Theiles des Liedes als vorhinein gegeben erscheinen und gegeben sein.

Ganz das Gleiche finden wir in Fällen von blossen Unterlassungen, z. B. wenn *B* auf Ersuchen des *A* gegen eine Geldsumme sich verpflichtet, während einer bestimmten Tageszeit nicht zu singen oder nicht zu musiciren. In allen diesen Fällen eines blossen Thuns, nämlich wo sich dasselbe in seiner Wirkung nicht mit einer fremden Sache verbindet, und ebenso in den Fällen einer Unterlassung ist das Recht der Zurückhaltung undenkbar und kann es niemals in Anwendung kommen.

Wohl finden wir hier ebenfalls zwei Forderungen durch Vertrag mitsammen in Verbindung, also auch in Connexität; allein überall zeigt sich, dass stets nur eine derselben durch die Erfüllung der anderen bedingt ist.

Das hervorstechende, das wesentliche und überhaupt das einzige Merkmal unseres Retentionsrechtes also liegt — das geht aus dem Vorstehenden so recht klar hervor — in der den beiden aus einer bestimmten Thatsache entstandenen Forderungen anhaftenden Bedingung der gleichzeitigen Erfüllung beider.

Dass dieses Merkmal nur dort vorfindig ist, wo der oben bezeichnete Thatbestand des Retentionsrechtes vorhanden ist, leuchtet von selbst ein. Es ist eben ein nothwendiger Theil dieses Thatbestandes.

Bei diesem Anlasse müssen wir demnach hervorheben, dass unter die Erfordernisse des Retentionsrechtes auch die Connexität zu reihen ungerechtfertigt ist. Connexität bedeutet, dass zwei Dinge mit einander verbunden sind. Nun hat sich aber bereits wiederholt gezeigt, dass Forderungen ebenso wie andere Dinge auf sehr verschiedene Art verbunden sein können. Das nöthigt demnach für die Fälle des Retentionsrechtes die Connexität des Genaueren zu bezeichnen, ihre specielle Art anzugeben. Wo jedoch das geschieht, da muss, wenn nicht der ganze Thatbestand, so mindestens die vorbezeichnete und auch schon früher erwähnte Bedingung genannt werden und darum ist es allerdings richtiger, von der Connexität abzusehen und statt ihrer entweder auf den jeweiligen Thatbestand oder auf die Bedingung des Retentionsrechtes hinzuweisen.

Zurückkehrend zur Aeusserung Geller's, so stellt sich dieselbe also als unzulänglich dar.

Allein Geller stellt in Bezug auf den Gegenstand des Rückhaltungsrechtes noch einen Satz auf, a. a. O. S. 20, nämlich dass nach der heutigen Rechtsanschauung Immobilien kein Gegenstand dieses Rechtes seien.

Dieser Satz muss überhaupt für unrichtig erklärt werden.

Wäre er es nicht und würden also Immobilien keinen Gegenstand des Retentionsrechtes bilden, so würden, da soeben dargethan worden, dass das Retentionsrecht auf Arbeiten keinen Bezug hat, ausser concreten Sachen und ausser Rechten (Forderungen), von denen jedoch die bücherlichen gleichfalls auszunehmen sein würden, von sonstigen Gegenständen dieses Rechtes nichts weiter erübrigen.

Der Ansicht Geller's stehen jedoch zwei Erwägungen entgegen. Vor Allem die, dass es auch unter den unbeweglichen Sachen solche gibt, welche auch ein körperliches Haben zulassen, so namentlich die sogenannten *praedia urbana*, Hausgrundstücke, dann eingefriedete Grundstücke (Felder, Wiesen, Waldungen, Obst- und Thiergärten u. a.).

In Ansehung dieser Immobilien ist also auch eine physische Zurückhaltung ganz wohl denkbar.

Allein auch in Ansehung der übrigen sogenannten offenen Grundstücke ¹⁾ muss behauptet werden, dass sie gleichfalls Gegenstand des Rückhaltungsrechtes sind, mag auch ihr Besitz nur ein künstlicher, nur der Buchbesitz sein.

In solchen Fällen bildet den Gegenstand der Uebergabe, dem Tabularbesitze entsprechend, die buchmässig ausgefertigte Erwerbungsurkunde. Was der Schlüssel zu einem Hause für den natürlichen Besitz desselben, das bedeutet die Urkunde für den Buchbesitz; beide setzen den Inhaber in die Lage, über den betreffenden Gegenstand zu verfügen, ihn nach seiner Art und Beschaffenheit zu benützen und von dergleichen Benützung jeden Andern auszuschliessen.

¹⁾ Der gedachte Unterschied ist Geller selbst wohl bekannt, siehe seine Schrift: Habe und Eigen, in Gerichtshalle vom Jahre 1881, Nr. 13, dann in seinem Centralblatte für jur. Praxis, I. Bd., S. 520, wo Geller ausdrücklich selbst erklärt, dass *praedia urbana* einer „physischen Besitzübergabe“, „einer körperlichen Uebergabe von Hand zu Hand“, einer „wirklichen Detention“, eines „stetigen körperlichen Innehabens“ fähig sind.

Wenn also z. B. *A* die Wirthschaft des *B* gekauft hat und am bestimmten Uebergabstage zum Verkäufer kommt, um die Wirthschaft zu übernehmen und namentlich auch die Kaufsurkunde zu empfangen, seinerseits jedoch den Kaufschilling nicht oder nicht vollständig übergeben will, so hat Verkäufer ganz zweifellos das Retentionsrecht in Betreff der verkauften Realität. Und ebenso in den Fällen, da z. B. *A* ein geringes Grundstück und ein auf einem Theile desselben erbautes altes baufälliges Wohnhaus geerbt und die buchfähige Einantwortungsurkunde hierüber erhalten hat; wenn ferner *A* das alte Haus niederreißen und ein neues, schönes, grosses Haus an seiner Stelle hat erbauen lassen, gleichzeitig aber auch das Grundstück durch rationelle Verbesserung etwa auf den dreifachen Werth gebracht hat und wenn nun *B* erscheint, sein Eigenthum, beziehungsweise sein stärkeres Erbrecht oder sonstiges Recht auf diese zwei Objecte nachweist und von *A* die sofortige Anerkennung seines Rechtes und die Uebergabe jener Objecte verlangt.

A, so nehmen wir weiter an, überzeugt sich vollständig von dem Bestande jenes stärkeren Rechtes und er ist zur unverzüglichen Uebergabe (der physischen und der grundbuchsmässigen) erbötig, verlangt aber den vorherigen oder wenigstens den gleichzeitigen Ersatz seiner bedeutenden Auslagen auf die Objecte.

Wenn und solange *B* diesem Begehren nicht entspricht, steht auch dem *A* in Ansehung dieser Immobilien das Recht der Zurückhaltung zu.

So sehr wir also auch dem von Geller in gründlicher wie scharfsinniger Weise durchgeführten Gedanken über den Eigenthumserwerb *nudo pacto* sowohl an beweglichen als an unbeweglichen Sachen zustimmen, so ergibt sich gleichwohl, dass die Frage des Retentionsrechtes von jener Materie vollständig abgesondert ist.

Das Retentionsrecht kann aber noch andere Urkunden zum

Gegenstände haben, so insbesondere die Löschungsurkunde, deren §. 1369 erwähnt. Wohl sagt der Paragraph nicht, dass die Zahlung nur gegen gleichzeitige Uebergabe der Löschungsurkunde zu leisten sei. Allein im §. 469 wird verordnet, dass der Pfandgeber die Schuld nur gegen gleichzeitige Rückstellung des Pfandes zu tilgen verbunden ist und aus diesem allgemeinen Satze folgt, dass auch die Zahlung einer Hypothekarforderung nur gegen gleichzeitige Aushändigung der Löschungsurkunde geleistet werden muss. Was aber die buchmässige Eigenthumsurkunde für den Erwerber einer Realität, das ist die Löschungsurkunde für den Besitzer der Hypothek; sie stellt ihm entweder den Gesamtwert, oder wenn die Forderung geringer war, den ihr gleichkommenden Theil des Werthes der Hypothek zu seiner Verfügung zurück.

Einen weiteren Gegenstand des Retentionsrechtes bildet der über ein zu gewährendes Darlehen ausgestellte *Schuldschein*. Mit diesem räumt der Schuldner dem Gläubiger ein Forderungsrecht als Aequivalent des Darlehens ein; er kann also vorsichtigerweise diese Urkunde nur gegen gleichzeitigen Erhalt des Darlehens aushändigen, da er sonst unter Umständen Gefahr läuft, eine Summe bezahlen (rückzahlen) zu müssen, die er gar nicht empfangen hat; und umgekehrt wird auch der vorsichtige Darleiher das Geld nur gegen gleichzeitigen Erhalt des Schuldscheines zuzählen.

Das Gleiche gilt aber auch in dem Falle, da später das empfangene Darlehen rückerstattet werden soll; der Schuldner verlangt jetzt das früher dem Gläubiger eingeräumte Forderungsrecht zurück und er erhält es mit und in dem Schuldscheine zurück, wird also nur gegen gleichzeitigen Rückerhalt desselben Zahlung leisten, während andererseits der vorsichtige Gläubiger diese Urkunde nur gegen gleichzeitigen Rückempfang des Darlehens rückstellen wird. Der Schuldschein erinnert in der vorliegenden Beziehung an das Pfand. Beide werden zur

Sicherung gegeben, es kann also der Gläubiger wie das Pfand so auch den Schuldschein nur bei Zuzählung des Darlehens begehren und umgekehrt braucht der Schuldner nur gegen gleichzeitigen Rückerhalt des Pfandes und beziehungsweise des Schuldscheines Zahlung zu leisten. Im Uebrigen verweisen wir auf die obigen Ausführungen über den Pfandvertrag.

Eben dasselbe gilt von dem Wechsel, bezüglich dessen das Gesetz im Art. 39 W. O. ausdrücklich anordnet: „Der Wechselschuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet.“ Dasselbe gilt endlich bei der Zahlung unverbriefter Forderungen von der hierüber auszustellenden Quittung. Mit dieser insbesondere stellt der Gläubiger das ihm bisher, wenn auch etwa ohne Ausstellung und Erhalt eines Schuldscheines, doch nur materiell zugestandene Forderungsrecht dem Schuldner auch formell zurück und er kann also diese Quittung vorsichtsweise nur gegen gleichzeitigen Empfang des Geldes aushändigen, indem er sonst den Verlust dieses Geldes riskirt. Und umgekehrt ist der Schuldner zur entsprechenden gleichen Vorsicht bemüssigt. Mag also immerhin der §. 1426 b. G. B. durch seinen Wortlaut scheinbar zu der Auffassung veranlassen wollen, als ob der Schuldner erst nach geleisteter Zahlung Quittung begehren könnte, so kann dieser Auffassung dennoch nicht beigetreten werden. Dieselbe würde dem Begriffe und dem Zwecke der durch die Quittung zu bewirkenden Sicherstellung widersprechen. Das blosse Recht, eine Quittung hinterdrein verlangen zu können, gewährt keineswegs die nöthige sofortige Sicherung. Es ergibt sich jedoch aus dem §. 1428, dass der Schuldner nur gegen gleichzeitigen Rückempfang des Schuldscheines zu zahlen braucht, indem er, wenn der Schuldschein nicht vorhanden ist, nicht zu zahlen genöthigt, vielmehr berechtigt ist, Sicherheit zu fordern und die Summe gerichtlich zu hinterlegen. Daraus aber geht hervor, dass das Gleiche *mut. mut.* in Betreff der Quittung behauptet werden muss.

In den in dieser Untersuchung bisher betrachteten Retentionsfällen sind bereits auch alle von Geller in seiner erwähnten Abhandlung namhaft gemachten Fälle (a. a. O. S. 8 und S. 14) geprüft worden, ausgenommen bloß der Fall, da Jemand eine fremde Sache inne hat, durch welche ihm ein Schaden zugefügt wurde. Mit diesem wollen wir uns im Nachstehenden beschäftigen.

Die wohl von sämtlichen Schriftstellern und ebenso von Geller ausgesprochene Ansicht, dass es auch in diesen Fällen das Retentionsrecht gebe, vermögen wir als gegründet nicht zu erkennen.

Vor Allem vermissen wir hier einen Titel, einen Rechtsgrund; weder liegt ein Vertrag vor, noch gibt es ein Gesetz, das in Fällen solcher Art allgemein und überhaupt das Retentionsrecht zugesteht.

Allein es fehlt auch an dem bisher in allen anderen Fällen wahrgenommenen Thatbestande, an demjenigen Rechtsverhältnisse, in welchem ein Sachentausch vor sich gehen soll.

Nehmen wir an, dass die Sache des *A* jene des *B* beschädigt hat und dass hiebei erstere Sache in den Besitz des *B* gelangt ist.

Nach dem Gesetze steht dem *B* gegen *A* eine Entschädigungsforderung zu, ebenso gebührt dem *A* das Recht, von *B* seine Sache zurückzuverlangen.

Woferne beide Forderungen erfüllt werden, so hat doch nichtsweniger als ein Tauschen stattgefunden. Wohl ging von *A* eine Sache (die Ersatzsumme) an *B* und wohl ging von *B* eine Sache an *A*; allein letztere hatte *A* schon vorher in seinem Eigenthume und in seinem Besitze gehabt, sie war keine Sache des *B*, sie ist nicht aus dessen Vermögen abgetrennt und dem *A* geleistet worden. Und während die Vollziehung eines Tausches den Vermögensstand der Tauschenden dem Werthe nach unverändert lässt, finden wir im jetzigen Falle, dass das Vermögen

des *A* um die von ihm geleistete Entschädigungssumme an Werth verloren hat. Zu einem Tausche fehlt es aber auch an dem hierauf gerichteten Wollen, sei es von Seite der beiden Parteien, sei es von Seite des Gesetzes.

Diesem Mangel des Thatbestandes der früheren Fälle entsprechend ergibt sich weiter, dass im jetzigen Falle die Ansprüche des *A* und des *B* auch nichts weniger als connex sind: die Forderung des *B* allein ist es, welche aus der Thatsache der Beschädigung entsteht, während jene des *A* einzig aus seinem Eigenthume erwachsen ist, welches Eigenthum aber schon vorher existirte und worin die Forderung auf Rückgabe schon vorher latent enthalten war.

Im jetzigen Falle gibt es also zwar auch zwei Forderungen; allein beide sind aus ganz verschiedenen Thatsachen herausgewachsen und daraus folgt wieder, dass beide Forderungen auch in keinerlei Zusammenhang, in keinerlei Verbindung (Connexität) untereinander stehen.

Sie sind weder von dem obgedachten allgemeinen Rechtsbande — dem auf Tausch gerichteten Partei- oder Gesetzeswillen — noch von dem besonderen Bande bestehend in der beiden Forderungen gemeinsam anhaftenden Bedingung — gleichzeitige Erfüllung der anderen Forderung — umschlungen.

Wenn also Geller meint — a. a. O. S. 18 — es sei kein Unterschied wahrzunehmen zwischen den von ihm früher angeführten Verhältnissen und dem jetzt in Rede stehenden; dann, dass das Unterscheidende in allen diesen Verhältnissen lediglich die Entstehungsweise derselben sei, so ergibt sich aus dem Vorstehenden das zweifellose Gegentheil: der jetzige Fall ist von allen früheren nicht blos nach der Entstehung, sondern auch nach seinem Inhalte und Wesen verschieden. Hieraus aber folgt unabweisbar, dass in Fällen der vorliegenden Art ein Retentionsrecht als vorhanden nicht erblickt und nicht zugestanden werden kann und dass also sowohl der Beschädigte

als der Beschädiger seinen Anspruch ohne Rücksicht auf die eigene Verpflichtung oder auf die Gegenforderung des andern erheben und geltend machen darf.

Uebrigens möge, wenn auch nur zum Ueberflusse, noch der nachstehende Fall in Betracht gezogen werden, nämlich dass *A* mit seinem Stocke eine grosse werthvolle Spiegelscheibe des *B* zertrümmert und hiebei der Stock und nicht blos dieser, sondern etwa auch die goldene Uhr des *A* ihm entfällt und sohin in den Besitz des *B* gelangt und dass der verursachte Schade 50 fl. beträgt.

Nach der entgegengesetzten Anschauung wäre *B* berechtigt, den Stock — der vielleicht nichts oder fast nichts werth ist — zurückzuhalten, die werthvolle Uhr hingegen, aus der die Erholung wegen des Schadens vollständig wäre, müsste er seiner Forderung ungeachtet zurückerstatten.

Das Eigenthümliche einer solchen Rechtsnormirung wird sofort fühlbar und wird wohl Niemand anstehen, darin eine Inconsequenz zu sehen. Entweder muss der Beschädigte befugt sein, ausser derjenigen Sache, womit der Schade verursacht wurde, auch die andere auf Rechnung seiner Ersatzforderung und bis zu deren Befriedigung zurückzuhalten oder es muss ihm das Recht der Zurückhaltung in Ansehung beider Sachen abgesprochen werden.

Die Geller'sche und überhaupt die entgegengesetzte Ansicht stellt sich also auch insoferne als unrichtig dar, als sie unausweichlich zu einer Inconsequenz führt.

Nichtsdestoweniger lässt sich auch in Fällen der jetzigen Art ein Retentionsrecht denken und noch mehr, es gibt einen ganz bestimmten Fall, in dem gleichfalls ein Retentionsrecht zusteht.

Der anscheinende Widerspruch zwischen dieser und unserer früheren Behauptung wird seine Lösung in den folgenden Erwägungen finden.

Wir betrachten zu diesem Ende jenen Fall des §. 1321 b. G. B., da Jemand auf seinem Grunde fremdes Vieh antrifft und dieses, weil es ihm Schaden zugefügt hat, solange zurückhält, bis ihm der Eigenthümer des Viehes Entschädigung leistet.

Dass dem Beschädigten das Rückhaltungsrecht zusteht, folgt aus dem Wortlaute der §§. 1321 und 1322, insbesondere aus den Worten „. . . zurückstellen“ und „. . . zurückgestellt werden“ und aus dem zweifellosen Sinne und Inhalte dieser beiden Paragraphe. In diesem Falle zeigt sich uns aber auch jedes der in Beschädigungsfällen im Allgemeinen vermissten Erfordernisse des Retentionsrechtes: Der Rechtsgrund — hier das Gesetz — und der Thatbestand des Tauschverhältnisses — das Pferd soll an *A*, ein bestimmter Geldbetrag desselben an *B*.

Auch Geller, a. a. O. S. 33, findet in diesen Paragraphe das Retentionsrecht statuirt. Allein Geller steht damit insoferne mit sich im Widerspruche, als er einmal als Voraussetzung des Retentionsrechtes den Satz aufgestellt hat, a. a. O. S. 20, „dass nur das zurückbehalten werden kann, was behalten (und festgehalten) werden kann“, indem in den Fällen des §. 1321 der Grundbesitzer die fremden Thiere erst fassen, erst greifen, sich ihrer vorerst bemächtigen, sie erst in seine Gewahrsame, in seine Innehabung, in seine Macht bringen muss.

Nun hat wohl Geller bei Erwähnung des alten deutschrechtlichen Institutes der Gewere die Ansicht ausgesprochen, dass die Gewere sich auch auf die auf dem Grunde und Boden vorhandenen Fahrnisse erstrecke; allein Geller hat dabei seinen andern Satz — *eod.* S. 10 — ausser Acht gelassen, wonach Immobilien nach der heutigen Rechtsanschauung kein Gegenstand des Retentionsrechtes sind. Sind nämlich offene Feldgrundstücke selbst nicht in unserem physischen Besitze, so folgt nothwendig, dass auch von den hierauf befindlichen Fahrnissen ein solcher Besitz (blos wegen des angeblichen Besitzes der Grundstücke) nicht behauptet werden kann.

Das Gesetz hat also für die Fälle des §. 1321 allerdings ein Retentionsrecht eingeräumt, allein auch nur für diese Fälle von Grundbeschädigung.

Der entgegengesetzten Ansicht ist Geller — a. a. O. S. 33 und 34 —, die darin begründet sein soll, dass die Forderung des Beschädigten mit der beschädigenden Sache zusammenhänge, oder die ihre Begründung in dem organischen Zusammenhange der Verhältnisse der Subjecte zur Sache und zu einander haben soll.

Dass diese Begründung in Ansehung der in Rede stehenden Beschädigungsfälle nicht zutrifft, wurde bereits dargethan. Das Gleiche ergibt sich noch aus dem Betracht, dass, hätte der Gesetzgeber das Retentionsrecht in allen jenen Beschädigungsfällen zugestehen wollen, also allgemein als ausnahmslose Regel, derselbe doch sicher und gewiss seinem hierauf gerichteten Willen sehr leicht auch den entsprechenden klaren Ausdruck hätte geben können und ist nicht zu zweifeln, dass dieser Ausdruck auch erfolgt sein würde, während §. 1321 statt der Regel, statt eines allgemeinen Satzes gleichwohl nur einen ganz einzelnen Fall erwähnt und für diesen das gedachte Recht gewährt. Dass darin und damit eine Regel, ein allgemeines Princip niedergelegt worden sei und nicht eine blosse Ausnahme, das widerstreitet offenbar allen Regeln der Gesetzgebung und der Gesetzesauslegung.

Gegen die von Geller angestrebte Ausdehnung des §. 1321 spricht endlich noch folgende Erwägung.

Ist dem Grundbesitzer auf die in Rede stehende Art eine Ersatzforderung entstanden, so drängt dieselbe wie jede Forderung nach Befriedigung. Gewöhnlich nun muss jeder Gläubiger, wenn der Schuldner zu erfüllen zögert, den Rechtsweg betreten, er muss klagen, muss gegen den Schuldner ein richterliches Urtheil (Vergleich) erwirken und nach fruchtloser Verstreichung der hiedurch bestimmten Frist den Weg der Execution betreten.

Dieser Weg ist meistens mehr weniger lang und, abgesehen von dieser Länge und von der Kostspieligkeit, nicht selten aus dem Grunde gänzlich fruchtlos, weil sich in letzter Linie herausstellt, dass der Schuldner inzwischen vermögenslos geworden ist.

Um nun einem derartigen Ausgange soweit möglich vorzubeugen, gestattet das Gesetz unter ganz bestimmten Voraussetzungen ¹⁾, dass der Gläubiger ein zur Befriedigung seiner Forderung geeignetes Object des Schuldners schon früher, noch vor dem Urtheile (Vergleiche), im Zuge des Processes und manchmal sogar schon vor demselben sich verschaffen und beziehungsweise dasselbe zurückbehalten darf.

Das auf solchem Wege an einer Sache erlangte Recht ist ein Pfandrecht.

Nun ist der Regel nach das Pfandrecht ein vertragsmässiges oder doch ein executives. Das eben erwähnte jedoch ist keines von beiden; es ist ein anticipirtes executives, es ist ein blos sicherstellungsweises und gehört in das Sicherstellungsverfahren gleich jedem sonstigen Sicherstellungsmittel.

Nun brauchen wir selbstverständlich gar nicht erst hervorzuheben oder gar zu erweisen, dass im Sicherstellungsverfahren gewährte Rechte lediglich Ausnahmen von der Regel sind und dass es also nicht angeht, das betreffende Gesetz extensiv auszulegen.

Der gleiche Ausnahmefall liegt aber im §. 1321 vor. Diese ganze Norm gehört gar nicht in das bürgerliche Gesetzbuch, denn es statuirt kein materielles, sondern lediglich formales Recht, es gehört dieser Paragraph demnach in die allgemeine Josefinische Gerichtsordnung, in das Processgesetz. Die Norm des §. 1321 erscheint übrigens noch aus einem zweiten Grunde

¹⁾ Im Falle des §. 1321: Dass sich solche Objecte des Schuldners auf dem Grunde des Beschädigten befinden, diesem also sehr nahe liegen und von ihm leicht ergriffen und festgehalten werden können.

als eine ausnahmsweise, weil hiedurch nämlich auch die Pfändungsvornahme, welche sonst stets und überall eine gerichtliche ist, dem Beschädigten übertragen wird, weshalb diese Pfändung auch Privatpfändung genannt wird.¹⁾

Wir haben bisher den Grund des Retentionsrechtes (Vertrag, Gesetz), wir haben sodann den Gegenstand dieses Rechtes (im Allgemeinen: der Gegenstand der erhobenen Forderung) kennen gelernt.

Im Nachfolgenden erübrigt uns noch die Untersuchung dieses Rechtes in Ansehung seiner Natur.

Auch in dieser Richtung sind die verschiedensten Auffassungen zu Tage getreten.

In der Zeit vor Schenk wurde die Zurückhaltung fast allgemein als eine Art der Selbsthilfe erklärt! Schenk selbst, a. a. O. S. 1, sieht in dem Retentionsrechte eine *exceptio doli*, stimmt also mit Savigny, Besitz, §. 3, überein, wonach „dieses Recht nichts anderes ist, als eine *exceptio doli* . . .“, Schenk äussert sich ferner noch dahin (S. 4), „dass das *jus retentionis* ein eigenthümlich geartetes Recht sei, in sich selbst so eigenthümlich geartet, dass man es mit irgend einem andern Rechtsinstitute (Eigenthum, Pfandrecht, Compensation . . .) gar nicht vermengen könne“.

Siebenhaar, Annalen des kgl. sächs. O. A. G., Dresden, neue Folge, Bd. III, S. 1, sagt von demjenigen, welcher auf eine fremde Sache Verwendungen gemacht, dass er „gleichsam“ sein Eigenthum mit dem fremden vermischt und . . . dadurch ein dem Eigenthum „analoges“ Recht an der Sache erlangt habe.

¹⁾ Eine ganz gleiche nur sicherstellungsweise Verfügung, also auch nur eine Ausnahme von der Regel und ebenfalls ein wahres Pfandrecht statuirt der §. 1101. Weil aber beide Paragraphe nur Ausnahmen aufstellen, so folgt weiter, dass das Recht des §. 1321 nur auf das angetroffene fremde „Vieh“ und das Recht des §. 1101 (zur Sicherstellung des Miethzinses) nur auf „Wohnungen“ bezogen werden darf — anderer Ansicht: Geller, a. a. O. S. 34, Nr. 29.

Goldschmidt, a. a. O. S. 964, erklärt das Retentionsrecht für ein „eigenthümliches Vermögensrecht“.

Noch vor Goldschmidt hat Wolf — Busch's Archiv, Bd. III, S. 257, *ex* 1864 — das Retentionsrecht für nichts weiter als ein processualisches Vertheidigungsmittel erachtet.

Geller endlich, a. a. O. S. 19, sagt von dem Retentionsrechte, dass es sich dem Inhalte nach „vollständig mit dem Pfandrechte“ deckt und daher, soweit es eine concrete Sache zum Gegenstand hat, ein wahres *jus in re* ist.

Unsere Ansicht ist folgende: Das Retentionsrecht ist, je nach dem concreten Rechtsfalle, Eigenthums- oder Pfandrecht, Servituts- oder Erbrecht.

Um dies zu erkennen, wollen wir zunächst einen Fall aus der obigen Gruppe I betrachten, u. zw. den ersten der dort erwähnten Fälle, dass *A* sein Pferd dem *B* um 500 fl. verkauft.

Beginnen wir unsere Untersuchungen schon im Stadium vor diesem Vertrage, so ist gewiss, dass *A* das Pferd in seinem vollen Eigenthum hat, denn sonst könnte er es nicht rechtswirksam veräußern. Wenn nun *A* das Pferd verkauft, so überlässt er damit das Pferd und sein Eigenthum hieran an *B*, jedoch, wie wir schon oben gesehen haben, nur unter der Bedingung, dass ihm *B* gleichzeitig den Kaufschilling entrichtet. Solange dies nicht geschieht, hält *A* das Pferd zurück, wozu er nach den gleichfalls oben schon entwickelten Gründen befugt ist.

Dieses Zurückhalten ist aber nichts Anderes als Bethätigung oder Gebrauch des dem *A* noch immer, wenn auch bedingt und in Folge der Bedingung nur bis zu ihrer Erfüllung zustehenden Eigenthumsrechtes; es erscheint als Ausfluss dieses Rechtes, als Gebrauch, als Anwendung desselben.

So gewiss das Benützen einer Sache von Seite ihres Herrn, so gewiss das Veräußern derselben, das Vertilgen derselben von Seite jenes ein Ausfluss seines Eigenthumsrechtes ist, so gewiss auch das in Rede stehende Zurückhalten.

Und andererseits, so wenig es anginge, das Benützen, oder das Veräussern, oder das Vernichten einer Sache durch ihren Eigenthümer je als ein abgesondertes, ein für sich bestehendes, ein eigenes oder eigenthümliches Recht zu qualificiren, ebenso wenig geht es an, das Zurückhalten der Sache als ein solch eigenes Recht zu bezeichnen.¹⁾

In diesem Sinne und mit dieser Modification ist es also zu verstehen, wenn wir die Zurückhaltung einer Sache ein Recht und wenn wir dieses Recht Eigenthumsrecht nennen.

Das Retentionsrecht als Eigenthumsrecht finden wir ausser beim Kaufvertrage bei jedem Tauschvertrage im eigentlichen Sinne; ferner in dem oben betrachteten Falle, da ein Mandatar aus seinem Vermögen für den Mandanten eine Sache ankauft und in dem Falle eines Arbeitsvertrages, da der Arbeiter nicht blos die Arbeit, sondern auch den Stoff liefert. Es existirt überhaupt überall, wo Jemand Eigenthum an einer Sache und wo er diese zugleich in seiner Macht hat.

Das Retentions- als Eigenthumsrecht finden wir endlich auch noch in den Fällen der oben sogenannten Mittelgruppe III oder in den Fällen der §§. 877, 932, 934 und 980 b. G. B.

Was sohin die in Gruppe II namhaft gemachten Fälle betrifft, so erscheint dort die Retention als ein Ausfluss aus dem Miteigenthume des Retinenten an jener Sache, welche aus der Verbindung der seinen — beziehungsweise eines Theiles seines Vermögens — mit der fremden hervorgeht, und demzufolge gleichfalls als Ausfluss des Eigenthumsrechtes überhaupt.

Um uns davon zu überzeugen, betrachten wir zunächst den Fall, wo der *A* seine Figur mit einer anderen fremden dem *B* gehörigen in eine zwar feste, aber doch lösbare Verbindung gebracht hat.

¹⁾ Vgl. hierüber auch Unger, System. I, S. 527: „Diese Befugnisse bilden in der Hand des Eigenthümers kein besonderes Recht (*jus separatum*), sondern verlieren sich in dem Begriffe des Eigenthumes . . .“

Insolange als diese Verbindung besteht, sind sowohl *A* als *B* ausser Stande, über den Gegenstand ihres Eigenthums frei und ungehindert in der Art zu verfügen, wie es der Alleineigenthümer vermag. *B* ist, weil nicht Besitzer, an dem Gebrauche seiner Sache überhaupt gehindert; *A* sieht sich in ähnlicher Lage; was ihm früher angenehm war, der Besitz auch der zweiten Figur, das fühlt er jetzt, seit er des Rechtes des *B* daran inne geworden, als eine Last und ebenfalls als ein Hinderniss; er will seine Sache, aber auch nur diese benützen etc. und vermag es nicht, insolange sie mit der fremden in Verbindung steht. Wie *B*, so drängt es auch den *A*, dieses Verhältniss auf irgend eine Art ehestens zu beheben.

In Wirklichkeit besitzen also schon in diesem Falle *A* und *B* die beiden, obzwar nur äusserlich und lösbar verbundenen Sachen gemeinschaftlich, haben sie nunmehr die Eine Sache in ihrem Miteigenthume. Wird nun aber die vorhandene Verbindung gelöst, so gelangen beide Sachen zu ihrer früheren Selbständigkeit und tritt das gesonderte Alleineigenthum daran wieder in Kraft.

Von Fällen solcher Art gilt nach österreichischem Rechte die Vorschrift des §. 414: „Wer fremde Sachen mit der seinigen vereinigt, erhält dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigenthum“, und gilt §. 415: „Können . . . vereinigte . . . Sachen wieder abgesondert werden, so wird einem jeden Eigenthümer das Seinige zurückgestellt“

Ganz in derselben Weise verhält es sich nun in dem obigen Falle S. 24, Z. 1, Gruppe II, wenn nämlich die beiden Figuren auf eine fernerhin untrennbare Art vereinigt worden sind. Auch hier hat die thatsächliche Vereinigung der Sachen die rechtliche Folge, dass sofort von selbst auch das frühere Alleineigenthum des *A* und jenes des *B* an ihren Sachen in einander fliessen und aus beiden Miteigenthum entsteht.

Diese juristische Folge wird vom Gesetze im §. 415 aus-

drücklich anerkannt: „Ist . . . die Absonderung nicht möglich, so wird die Sache den Theilnehmern gemein.“ Hiebei ist aber nicht zu übersehen, dass dieses Miteigenthum, wie schon bemerkt wurde, von selbst als nothwendige Folge der geschehenen Vereinigung der Sachen eingetreten ist, indem das früher gesonderte Eigenthum (Alleineigenthum) des *A* und des *B*, sowohl nach seinem natürlichen Begriff als auch nach dessen gesetzlicher Normirung, im Momente dieser Vereinigung nothwendig zur Erlöschung gekommen ist.

Wenn in derlei Fällen das positive Gesetz, sei es dieses oder jenes, aus irgend welchem Grunde anordnet, dass dem einen oder anderen der früheren Eigenthümer an den untrennbar vereinigten Sachen das Alleineigenthum zustehe, so kann daraus eine etwaige Unrichtigkeit der vorstehenden Auffassung selbstverständlich nicht gefolgert werden.

Diese Anordnung des positiven Gesetzes bedeutet lediglich, dass das durch die Sacheneinigung thatsächlich geschaffene Miteigenthum aus bestimmten Erwägungen welcher Art immer behoben und sohin die ganze Sache dem Einen der Interessenten in sein Alleineigenthum — gegen Ersatz — zugewiesen wird.¹⁾

In den vorbetrachteten Fällen haben sich Sachen mit Sachen vereinigt. Fälle derartiger Vereinigung sind ferner die oben S. 32 unter Z. 7 erwähnten; ferner die Fälle der *satio*, *plantatio* und *inaedificatio*; endlich jene der *alluvio* und der *avulsio*, nur dass im letzteren Fall die Verbindung naturgemäss erst in einer gewissen Zeit vor sich geht.

Wir nehmen sohin den oben S. 25 unter Z. 2 erwähnten Fall,

¹⁾ Es liegt hierin nichts anderes, als wenn zwei Miteigenthümer die gemeinsame Sache zur öffentlichen Feilbietung bringen und sodann den Erlös unter sich theilen. Die Sache wird da meistens von einem Dritten erstanden; allein es steht nichts im Wege, dass sie auch einer der Miteigenthümer selbst ersteht, der dann allerdings eigentlich nur den Antheil des andern erwirbt, und das ist eben der jetzige Fall.

wo Jemand aus fremdem Marmor eine Statue verfertigt, also einen sogenannten Specificationsfall.

Nach Auffassung der Sabinianer sollte die neue Sache dem früheren Eigenthümer des Stoffes, nach Ansicht der Prokulianer dem Specificanten in's Eigenthum gehören.

Allein an und für sich, in erster Linie, muss auch in diesem Falle behauptet werden, dass die neue Sache den beiden gemeinschaftlich geworden ist — zu gleichen, bzw. zu ungleichen Theilen.

Der Gründe für diese Auffassung gibt es zwei: Einmal ist die jetzige Sache nicht mehr die frühere, wenn sie auch noch denselben Stoff in sich trägt; sie zeigt und besitzt eine andere Form oder Gestalt. Weiters hat sich aber auch ihr Werth verändert, und zwar vermehrt und sei angenommen, dass, während der Stoff einen Werth von 100 fl. hatte, der Werth der aus ihm verfertigten Sache 200 fl. beträgt. Es ist offenbar unmöglich zu behaupten, dass die Sache — noch immer — in dem Eigenthume desjenigen stehe, dem vor der Specification der Stoff gehörte. Das einfachste Rechtsgefühl lehnt sich dagegen auf. Allein ebensowenig lässt sich mit den Prokulianern behaupten, die Sache gehöre in das ausschliessliche oder Alleineigenthum des Specificanten, ganz aus demselben Grunde, und so kommen wir unausweichlich zu der Folgerung, dass auch im jetzigen Falle ein gemeinschaftliches Eigenthum zur Entstehung gekommen ist.

Der Fall ist, wesentlich genommen, dem vorangehenden durchaus gleich. Dass in jenem zwei Sachen sich vereinigt haben, hier mit einer Sache die Wirkung einer Arbeit, ist rechtlich vollständig belanglos. Die Arbeit hat so gut ihren Werth wie eine Sache und oftmals ist dieser Werth ein um Vieles grösserer, und wie jeder Vernünftige und Rechtliche Bedenken tragen wird, eine fremde Sache blos darum für seine zu erklären, weil sie sich damit auf irgend eine Art vereinigt hat, so wird er das

gleiche Bedenken auch in Fällen der jetzigen Art fühlen. Die Verfügung Justinian's, dass in diesen Fällen die Sache beiden Interessenten gemeinschaftlich werde, und die gleiche Norm des österreichischen Rechtes entsprechen daher vollkommen der Natur dieser Fälle und den Forderungen des Rechtes im Allgemeinen. Wenn jedoch auch hier ausnahmsweise Abweichungen festgesetzt sind, so vermögen dieselben ebensowenig wie in dem früheren Falle die Thatsache zu beseitigen, dass an und für sich durch die Specification stets Miteigenthum erzeugt wird. Die gedachten gesetzlichen ausnahmsweisen Abweichungen, deren Stichhaltigkeit wir hier nicht zu prüfen haben, bedeuten gleichfalls nur eine Behebung dieses Miteigenthumes, ein Act, zu welchem sich ja die Parteien oft selbst veranlasst finden.

Die Specification an fremder Sache erzeugt also stets Miteigenthum — selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass sie werthschaffend, bzw. wertherhöhend wirkt.

Nachdem Specification Arbeit ist, nur eine besondere Art von Arbeit bildet, so folgt von selbst, dass auch in allen sonstigen Fällen überhaupt, wo immer mit einer fremden Sache fremde Arbeit sich verbindet, Miteigenthum geschaffen wird — unter der gleichen Voraussetzung der Wertherhöhung, beziehungsweise der Wertherhaltung, Werthrettung. — Es entsteht also Miteigenthum auch in den oben unter Z. 3, 4, 5, 6 namhaft gemachten Fällen.

Ueberall dort, wo Jemand eine fremde Sache in seiner Macht hat und wo sich damit eine ihm selbst gehörige Sache oder die Frucht seiner Arbeit verbunden hat, also in allen jenen Fällen der Gruppe II, in welchen das Recht der Retention stattfindet, beruht dasselbe auf dem Miteigenthume des Retinenten an der Sache, ist es also Bethätigung dieses Miteigenthumes und ist es demnach — in dem bezeichneten Sinne — gleichfalls Eigenthumsrecht überhaupt.

Wir kommen zu dem in Gruppe I erwähnten Pfandvertrage. Durch diesen wird dem Gläubiger für seine Forderung ein Pfand erworben und hat er an demselben bis zur Erfüllung der mehrgedachten Bedingung, der gleichzeitigen Zahlung der Forderung, das Retentionsrecht.

Im jetzigen Falle ist dieses Recht nichts als Pfandrech t, selbstverständlich in dem gleichen Sinne wie in Ansehung des Retentionsrechtes als Eigenthumsrechtes.

Wer immer ein Pfand für seine Forderung besitzt, hat nicht blos das Recht, zur Zeit der Fälligkeit der Forderung, falls sie nicht gezahlt wird, das Pfand in dem gesetzlichen Wege zu realisiren, also seinen Verkauf zu veranlassen, sondern er hat auch das Recht, dieses Pfand, falls es der Schuldner oder ein dritter Besteller vor geschehener Zahlung verlangen sollte, zurückzuhalten.

Dieses Zurückhalten ist ebenfalls nur eine Art der Bethätigung des Pfandrechtes des Gläubigers; es ist ebenfalls nur ein Ausfluss des letzteren, es ist darin ebenfalls *implicite* enthalten.

Was von dem vertragsmässigen Pfande, das gilt auch von dem gesetzlichen, d. h. zufolge gesetzlicher Gestattung also einseitig erlangten Pfande, z. B. in den schon erwähnten Fällen der §§. 1101 und 1321 b. G. B.

Dass in diesen letzteren Fällen der Gläubiger ein wirkliches Pfandrecht erlangt (durch seine Privatpfändung und beziehungsweise durch die pfandweise Beschreibung¹⁾), ergibt sich schon aus dem Wortlaute dieser Paragraphe. §. 1101 spricht ausdrücklich und wiederholt vom Pfandrecht, ebenso das Hof-

¹⁾ Auch für die Zinsforderung erst durch die pfandweise Beschreibung, weil bis zu dieser der Miether und Pächter in der Verfügung über die eingebrachten Fahrnisse in keiner Weise gehindert ist, sie also verpfänden und verkaufen kann. (Wir können sohin der entgegengesetzten Ansicht des O. G. H. — s. G. U. W. Nr. 10.069 und 10.313 — nicht beipflichten.)

decret vom 10. April 1837, Nr. 189 und jenes vom 3. November 1819, Nr. 1621 J. G. S., und ebenso sprechen die §§. 1321 und 1322 ausdrücklich vom „gepfändeten Vieh“.

Mit Recht sagt demnach Dernburg¹⁾: „Das Zurückhaltungsrecht ist Ausfluss des Pfandrechtes. Es bildet also nicht ein selbständiges Recht“, und weiter im Texte: „Das Recht des Vermiethers (Verpächters) geht nicht in seinem Retentionsrechte auf, wie das ältere Schriftsteller oft annehmen; er kann auch das Weggebrachte mit der Pfandklage verfolgen.“

Genau dasselbe gilt endlich auch von dem sogenannten kaufmännischen Retentionsrechte, u. zw. ganz ungeachtet, dass das Gesetz Art. 313 H. G. B. es selbst ausdrücklich bloß als „Zurückbehaltungsrecht“, als „Retentionsrecht“ bezeichnet.

Es ist dieses Recht ebenfalls nur Bethätigung des eingeräumten Pfandrechtes, nur Ausfluss aus diesem, also ebenfalls Pfandrecht überhaupt. Der Erweis dieser Auffassung liegt in dem Art. 315, wornach der Gläubiger die zunächst nur zurückbehaltenen Werthschaften auch zum Verkaufe zu bringen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen das Recht hat.

Es steht dieses Pfandrecht mit jenem der §§. 1101 und 1321 b. G. B. auf einer Linie, es ist eben auch vom Gesetze zur Sicherstellung gegeben und muss ebenfalls durch Klage gerechtfertigt werden.

Wenn also auch das Gesetz das im Art. 313 gewährte Recht als Zurückbehaltungsrecht erklärt und wenn das Gesetz vielleicht sogar von dem Willen durchdrungen war, nur dieses Recht zu gewähren, so hat es gleichwohl mit der weiteren Zugestehung, dass Gläubiger die zurückbehaltenen Sachen auch verkaufen und aus dem Erlöse sich erholen dürfe, das Pfand-

¹⁾ a. a. O. I, S. 650, Nr. 3 (unter Bezugnahme auf das (römische) Recht des Vermiethers und Verpächters an den *invecta* und *illata*).

recht eingeräumt; denn nicht der einem Rechte beigelegte Name, sondern sein Inhalt ist massgebend für seine Natur ¹⁾).

Mit Recht hat demnach schon Stubenrauch ²⁾ erklärt: „Das Zurückhaltungsrecht geht also eigentlich in ein Pfandrecht . . . über.“ Mit Recht hat ferner Wolf ³⁾ (u. zw. ungeachtet derselbe mit Schenk von der Ansicht beherrscht ist, dass das Retentionsrecht ein eigenes, selbständiges, von allen anderen Rechten, also auch vom Eigenthums- und vom Pfandrecht wesentlich verschiedenes Recht sei), sich über den Art. 315 dahin geäußert, dass das Handelsgesetzbuch von den — nach Wolf's Meinung zwischen Pfand- und Retentionsrecht bestehenden sechs Unterschieden — zwei der wesentlichsten, betreffend das Verkaufs- und das Klagerecht, aufgehoben und damit das kaufmännische Retentionsrecht dem eigentlichen Pfandrechte vollkommen gleichgestellt hat.

Anderer Ansicht ist jedoch Brix ⁴⁾, wornach das kaufmännische Retentionsrecht von dem Pfandrechte wohl zu unterscheiden sei. Obschon auch jenes zur Befriedigung des Gläubigers aus bestimmten Sachen führt, sagt Brix im Hinblick auf Art. 315, so ist es doch nicht wie dieses ein dingliches, an der Sache selbst haftendes und gegen jeden Dritten geltend zu machendes Recht. Diesen wichtigen Unterschied charakterisire Art. 313 durch die in seinem Schlusssatze — „soferne er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere

¹⁾ Randa, Besitz, S. 525, leugnet die Möglichkeit des Besitzes am Faustpfandrecht. Dem pflichten wir bei. Dagegen behauptet Randa, S. 552, dass u. a. auch am kaufmännischen Retentionsrechte Besitz anzuerkennen sei. Die Unstatthaftigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus unseren vorstehenden Ausführungen, denen zufolge dieses Retentionsrecht ebenfalls Pfandrecht ist.

²⁾ Handb. des österr. H. R., Wien 1863, S. 423, Abs. 11.

³⁾ In Busch's Archiv. III, S. 259.

⁴⁾ Das a. H. G. B. vom Standpunkt der österr. Gesetzgebung. Wien 1864, S. 325, Abs. 2.

vermittelst Connossemente, Ladescheine oder Lagerscheine, noch in der Lage ist, darüber zu verfügen“ — enthaltene Beschränkung.

In diesem Schlusssatze erscheint nun aber bloß der Gedanke ausgedrückt, daß wenn ein Gläubiger von dem hier erwähnten und gewährten Rechte Gebrauch machen will, er eine dem Schuldner gehörige Sache von der näher bezeichneten Art in seinem Besitze, in seiner Macht haben muß. Denn wer eine Sache nicht hat, der kann sie nicht halten und nicht zurückhalten und ebenso wenig kann er sie auf welche Art immer zur Veräußerung bringen.

Da der Inhalt dieses Schlusssatzes aus dem im Art. 313 und Art. 315 eingeräumten Retentions- und Verkaufsrechte sich von selbst ergibt, eine ganz selbstverständliche Voraussetzung dieser Rechte ist, so kann er nicht anders als für überflüssig erklärt werden. Wollte man aber eben aus dem Grunde, daß der gedachte Schlusssatz sonst eine blanke Ueberflüssigkeit enthielte, in ihm die vermeinte Beschränkung finden, so hätten wir darauf zu erwidern:

1. Daß diese Beschränkung sich von der Regel — daß der Pfandgläubiger das Pfand auch vindiciren darf — als eine Ausnahme darstellen würde, Ausnahmen aber, ihrer Natur zufolge, keineswegs bloß indirect statuirt werden können;

2. daß das Gesetz im Art. 313 dem Gläubiger, dessen Forderung fällig ist, aber nicht gezahlt wird, unter den übrigen dort namhaft gemachten Bedingungen das Recht, eine gewisse dem Schuldner gehörige Sache zurückzuhalten, ferner das Recht, diese Sache auch executiv feilbieten zu lassen und aus dem Erlöse seine Forderung zahlhaft zu machen, eingeräumt hat.

Es hat ihm also ein Recht eingeräumt (das Verkaufsrecht), welches den Kern und das Wesen des Pfandrechtes ausmacht.

Da nun das bloße Vindiciren an Bedeutung dem Verkaufsrechte nicht entfernt zu vergleichen ist, so würde es absolut unerklärbar sein, weshalb das Gesetz mit dem *majus* nicht auch

das in ihm enthaltene *minus* hätte bewilligen und gewähren wollen;

3. Angenommen, Art. 313 müsste, so sehr auch Alles dagegen streitet, im Sinne von Brix gedeutet werden, so würde selbst daraus noch immer nicht folgen, dass das Retentionsrecht vom Pfandrechte wohl zu unterscheiden sei, nämlich dass der Artikel gleichwohl ein Pfandrecht im eigentlichen Sinne nicht statuirt habe.

Hätte nämlich das Gesetz in dem Art. 313 auch wirklich die Befugniss der Vindication ausgenommen, so hätte es damit das in dem Art. 313 und 315 unleugbar gegebene Pfandrecht lediglich eingeschränkt; Einschränkungen eines Rechtes bewirken aber noch keine Veränderung des Rechtes in seiner Wesenheit, in seiner Natur. Trotz der vielfältigen gesetzlichen Einschränkungen, welche sich das Eigenthumsrecht gefallen lassen muss, ist es gleichwohl noch immer Eigenthumsrecht, also weder ein anderes Recht, noch ein neues eigenes Recht.¹⁾

In ganz gleicher Weise würde es sich mit einem Pfandrechte verhalten, welchem die Vindicationsbefugniss entzogen wäre. Eine solche Entziehung ist ohne Frage möglich, u. zw. nicht bloß bei dem gesetzlichen, sondern auch bei dem vertragsmässigen Pfandrechte. Der einfache Sinn einer derartigen Einschränkung würde der sein: so lange der Gläubiger das Pfand in seiner Macht hat, kann er (sobald die Voraussetzungen eingetreten sind) das Pfandrecht ausüben; lässt er es jedoch aus seinem Besitze, wird er des Pfandes auf welche Art immer verlustig und käme es dabei auch in die Hände dritter Personen, so ist sein bisheriges Pfandrecht erloschen. Es wäre das ein vorneherein unter einer Resolutivbedingung eingeräumtes Pfandrecht und ist selbstverständ-

¹⁾ Im gleichen Sinne schon U n g e r, System. I, S. 519; dann R a n d a, das Eigenthumsrecht nach österr. Recht, §. 1.

lich, dass ein solches Pfandrecht ebenso ein wirkliches und wahres Pfandrecht, als ein unter einer gleichartigen Bedingung abgeschlossener Kaufvertrag ein Kaufvertrag und nicht etwa ein anderer und ein neuer selbständiger Vertrag ist.¹⁾

Aus der Thatsache der Erlöschung eines Rechtes überhaupt lässt sich aber keineswegs die Folgerung ziehen, dass es (als ein Recht und als ein bestimmtes Recht) gar nie existirt habe.

Gegen die Auffassung des sogenannten kaufmännischen Retentionsrechtes als eines wahren und richtigen Pfandrechtes hat sich auch Goldschmidt erklärt²⁾, u. zw. mit den folgenden Worten: „Es ist (vielmehr) ein eigenthümliches Rechtsinstitut.“ Hiermit hat Goldschmidt erklärt, dass das kaufmännische Retentionsrecht von allen anderen Rechten und insbesondere auch vom Pfandrechte verschieden sei.

Dem gedachten Satze fügt Goldschmidt unmittelbar hinzu: „Und zwar seinem überwiegenden Charakter nach, weil es das Recht der Befriedigung aus fremden Sachen zum Zwecke der Sicherung von Forderungen gewährt, ein gesetzliches Pfandrecht.“

Man sieht diesem Satze Goldschmidt's sozusagen das lebhafteste Verlangen an, das kaufmännische Retentionsrecht für Pfandrecht, u. zw. voll und ganz zu erklären; allein er vermag sich diesen Wunsch dennoch nicht zu erfüllen, weil es seiner wissenschaftlichen Ueberzeugung widerstrebt. Mit dem Ausdruck „überwiegend“ hält Goldschmidt den vorausgeschickten Satz vollständig aufrecht und würde er sich sonst auch in einem Widerspruche bewegen, u. zw. auch in dem Betracht, als Goldschmidt schon das allgemeine Retentions-

¹⁾ Wie das z. B. ähnlich vom Trödelvertrag behauptet wird; s. dagegen Reinhold, „Der Trödelvertrag“. Wien 1884.

²⁾ a. a. O. S. 1030.

recht für ein „eigenthümliches Vermögensrecht“ erklärt hat — a. a. O. S. 964.¹⁾

Die Gründe der Goldschmidt'schen Auffassung sind folgende: es bestehe nicht der Grundsatz der ungetheilten Haftung; es müsse gegen gehörige Sicherheitsleistung aufgegeben werden; es erlösche mit dem Verluste der Detention. Diese Gründe erweisen sich jedoch nicht als stichhältige.

Was vorerst den Grundsatz der ungetheilten Haftung anlangt²⁾, so erscheint derselbe in den Art. 313–315 H. G. B. nicht aufgehoben; derselbe wird hier nicht einmal erwähnt und doch besteht kein Zweifel, dass, da er beim Pfandrechte als Regel gilt, seine Aufhebung ausdrücklich hätte erfolgen müssen. Uebrigens wenn sie auch wirklich erfolgt wäre, so würde darin noch kein Moment liegen, um dem kaufmännischen Retentionsrechte den Charakter des Pfandrechtes absprechen zu müssen: die Ungetheiltheit der Haftung des Pfandes kann zu den wesentlichen Erfordernissen des Pfandrechtes darum nicht gezählt werden, weil dasselbe nicht Selbstzweck sondern nur Mittel zum Zweck ist und es sich also mit letzterem recht wohl vereinigen lässt, eine Theilung der Haftung dort zu gestatten, wo sie an sich möglich und in Rücksicht auf die Gewissheit der vollen Befriedigung der Forderung billig und wünschenswerth erscheint.

Unstichhältig ist ferner die Hervorhebung und Begründung,

¹⁾ Diesem Widerspruche ist Goldschmidt thatsächlich nicht entgangen, denn an späterer Stelle seines Werkes, S. 1057, äussert derselbe: „Ist nun, wie gezeigt(?), das kaufmännische Retentionsrecht ein wahres, wenngleich in der Verfolgung beschränktes Pfandrecht . . .“ Dieser Satz sagt allerdings das Richtige, allein die früheren Aeusserungen Goldschmidt's stehen damit keineswegs in Einklang.

²⁾ Den auch Puchelt, Commentar z. a. H. G. B., S. 604e, S. 607, Z. 5a und S. 612–7 als für das kaufmännische Retentionsrecht aufgehoben erachtet.

dass nach Art. 315 der Schuldner den Gläubiger in anderer Weise sichern kann¹⁾, dass also in einem solchen Falle das nach Art. 313 erlangte Recht aufgegeben werden muss

Wenn ein solcher Fall eintritt, so wird das an der bisherigen Sache bestandene Pfandrecht behoben, es erlischt und müssen wir sohin eben das betonen, was wir oben gegen Brix *ad* Z. 3 bemerkt haben. Aus der Thatsache der Erlöschung eines Rechtes lässt sich keineswegs die Folgerung ziehen, dass es (als ein Recht und als ein bestimmtes Recht, hier als ein Pfandrecht) nicht existirt habe.

Nehmen wir an, dass in einem Falle nach Zulass des Art. 315 eine andere Sicherheit geleistet wird und ferner, dass in einem zweiten Falle der Gläubiger, der ein vertragsmässiges Pfand in Händen hat, nach Fälligkeit der Forderung oder auch vor derselben vom Schuldner die Zahlung erhält, so sehen wir, dass in beiden Fällen das Pfandrecht zur Erlöschung kommt. So gewiss jedoch, dieser Erlöschung ungeachtet, im zweiten Falle das Recht des Gläubigers ein wahres und ein wirkliches, ein richtiges und ein volles Pfandrecht gewesen ist, eben so gewiss gilt das Gleiche von dem einem Kaufmanne, gemäss Art. 313 H. G. B. an einer dort näher bezeichneten, seinem Schuldner gehörigen Sache zugestandenen Rechte. Es ist ebenfalls ein richtiges Pfandrecht gewesen, wenigstens insoferne ihm nur das angeregte Bedenken im Wege stand. Die Goldschmidt'sche Ansicht würde daher nur dann Anspruch auf Geltung haben, wenn der Satz „ein Pfandrecht ist nur jenes, das auch zur Veräusserung des Pfandes geführt hat“, in Geltung wäre, was aber nicht der Fall ist.

Was endlich den letzten Goldschmidt'schen Grund betrifft, dass das Recht des Art. 313 mit der Detention erlösche, was beim Pfandrechte nicht vorkomme, so hat diese Begrün-

¹⁾ Der §. 1322 b. G. B. enthält genau dieselbe Verfügung.

dung bereits in den gegenüber der gleichen von Brix aufgestellten Meinung gegebenen Ausführungen ihre Widerlegung gefunden.

Wir wollen sohin noch sehen, welche Meinung Geller von dem kaufmännischen Retentionsrecht hegt. Nachdem Geller — a. a. O. S. 11 — der Fälle gedacht hat, in welchen die beiderseitigen Ansprüche in keinem Zusammenhange stehen, bemerkt er, dass in diesen Fällen ein Retentionsrecht nur denkbar sei unter der Voraussetzung, dass das Gesetz es anerkennt und fügt hinzu: „Unter dieser Voraussetzung erscheint . . . das Retentionsrecht als ein durchaus selbständiges Recht, als ein Institut von selbständiger Bedeutung, das dem Pfandrechte nebengeordnet werden kann.“

In der hiezu gestellten Note 6 heisst es nun wörtlich: „Dies gilt namentlich von dem sogenannten kaufmännischen Retentionsrechte . . .“

Geller erklärt also das kaufmännische Retentionsrecht für ein selbständiges Recht, für ein Institut von selbständiger Bedeutung und sagt weiter, dass es dem Pfandrechte nebengeordnet werden könne.

Dass wir auch dieser Auffassung nicht beipflichten können, ergibt sich aus dem Vorangeschickten, wonach sich gezeigt hat, dass das kaufmännische Recht wesentlich nichts Anderes als Pfandrecht ist. Das kaufmännische Retentionsrecht ist also keineswegs ein selbständiges Recht, ist keineswegs ein Institut von selbständiger Bedeutung und kann dem Pfandrecht nicht nebengeordnet werden.

Uebrigens sagt Geller in derselben Note 6 von dem kaufmännischen Retentionsrecht, dass „dessen Inhalt sich von dem Pfandrechte (*recte*: von dem des Pfandrechtes) in nichts unterscheidet“. Ist aber das der Fall, dann dürfte es schwer zu erklären sein, wie das kaufmännische Retentionsrecht gleichwohl ein selbständiges Recht, ein Institut von selbständiger Bedeutung

sein soll und dass es dem Pfandrechte nebengeordnet werden könne.¹⁾

Wir müssen hier noch Folgendes hervorheben:

Das in den Art. 313—315 H. G. B. eingeräumte Recht ist, wie gezeigt wurde, ein wahres und richtiges Pfandrecht, wird aber gleichwohl, in Verkennung seiner Natur, als ein blosses „Zurückbehaltungs-(Retentions-)recht“ erklärt.

Nun gibt es aber im Handelsgesetzbuch Fälle, in denen genau das Umgekehrte stattfindet, Fälle, in welchen das Recht seiner Natur gemäss kein Pfandrecht ist, gleichwohl aber als ein solches ausdrücklich erachtet und bezeichnet wird.

Diese Fälle sind die sogenannten gesetzlichen Pfandrechte des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers, Art. 374, 382 und 409 H. G. B.

Aus den obigen Ausführungen über die Fälle Z. 3 u. 4 in Gruppe II, S. 27, 28 und aus den späteren darüber, dass auch Arbeit an fremder Sache Miteigenthum an der Sache erzeugt, geht hervor, dass die dem Commissionär, Spediteur oder Frachtführer an dem Gute zukommenden Rechte, soweit es sich hierbei um Verwendungen auf das Gut, sohin auch um darauf verwendete Arbeit — Transport — handelt, keineswegs Pfandrechte, sondern Eigenthums-(Miteigenthums-)rechte sind.

Wenn es demnach in dem Art. 411 heisst, dass unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die Versendung oder den Transport des Gutes entstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vorgehe, wonach die sonstige Regel für die Reihenfolge mehrerer Pfandrechte an derselben Sache

¹⁾ In dieser Note heisst es ferner: „... und welches Goldschmidt ... deshalb ... als ein gesetzliches Pfandrecht aufgefasst wissen will“. Hieraus würde zu schliessen kommen, dass Goldschmidt gleichfalls den Satz, dass der Inhalt des kaufmännischen Retentionsrechtes sich von dem des Pfandrechtes in nichts unterscheide, ausgesprochen und seinem erwähnten Resultate zu Grunde gelegt habe, was aber dortselbst nicht zu finden ist.

rücksichtlich des hieraus erzielten Erlöses nicht bloß eine Ausnahme, sondern eine vollständige Umkehrung erleiden würde, welche Aufstellung wohl jeden Juristen mehr oder weniger sonderbar angemuthet hat, so ergibt sich aus der vorstehenden Auffassung, dass jene Regel durch die Rechte des Frachtführers u. s. w. in Wirklichkeit nicht im Geringsten geändert wird.

Wird nämlich der Transport durch mehrere Frachtführer ausgeführt, so kommt in Betracht, dass jeder nur mit seinem unmittelbaren Vorgänger in einem Rechtsverhältnisse steht — muss das Gut verkauft werden, cessiren sämtliche Bestimmungen des Art. 410 —, er hat von diesem eine bestimmte Sache, „das Gut“, zum Transport nach X erhalten und durch Ausführung desselben das Miteigenthum an dem Gute erlangt, welches Recht ebenso wie das Pfandrecht die Befugniss zur Veräußerung der Sache enthält (§. 843 b. G. B.). Wenn also dieser Frachtführer, weil die Berichtigung seiner Forderung gütlich nicht erfolgt, den Verkauf des Gutes veranlasst und aus dem Erlöse den auf seine Forderung (auf sein Miteigenthum) entfallenden Theil an sich nimmt, den Mehrbetrag hingegen seinem Vormanne ausfolgt, so hat er lediglich in Gemässheit seines Eigenthumsrechtes gehandelt.

Der Vormann hat sich also mit dem Erlöse abzüglich des Forderungsbetrages seines Nachmannes zu begnügen, hat er ja darauf nicht den geringsten Anspruch. Das gleiche gilt *mut. mut.* von den etwaigen weiteren Vormännern.

Es erleidet also die vorbemerkte Regel in den Fällen des Art. 411 H. G. B. in Wirklichkeit keine Ausnahme.

Das Retentionsrecht ist unter Umständen auch Servitutsrecht, doch nicht jedes, sondern nur das Nutzniessungsrecht; denn nur der Nutzniesser ist befugt, die Ausübung des Niessbrauches auf dritte Personen zu übertragen und woferne das gegen Entgelt vereinbart wird, gibt es auch

in diesem Falle die für unser Recht nothwendige Thatsache des Sachentausches — §§. 485, 509, 1257 b. G. B.

Das Retentionsrecht kann endlich auch Erbrecht sein, u. zw. in dem Falle, als der Erbe sein Erbrecht einem Anderen entgeltlich zu übertragen sich verpflichtet (Erbschafts Kauf, möglicherweise auch Erbschaftstausch). In einem derartigen Falle hat der Erbe dem anderen Contrahenten jenes Erbvermögen, das er etwa bereits in seinem Besitz hat und ausserdem stets eine dem Erwerber zur Legitimation vor dem Abhandlungsrichter nothwendige Urkunde (gewöhnlich die Kaufsurkunde) zu übergeben, ist jedoch beides so lange zurückzuhalten befugt, bis Käufer das Entgelt wenigstens gleichzeitig entrichtet.

Es drängt sich sohin von selbst die Frage auf, ob das Retentionsbefugniss nicht unter Umständen auch Besitzrecht sein könne? Doch diese Frage muss verneinend beantwortet werden, u. zw. aus dem Grunde, weil zu einem wirksamen Sachentausche stets Eigenthum bzw. Nutzgenuss erforderlich ist, derjenige aber, der eine Sache zwar in seiner Macht und nebstbei den Willen hat, sie als die seinige zu behalten, darum allein noch nicht ihr Eigenthümer ist, darum allein also auch nicht das Recht hat, die Sache zu veräussern. Hiefür spricht auch der §. 320 b. G. B., wonach der redliche Besitzer einer Sache berechtigt ist, dieselbe zu brauchen, zu verbrauchen, auch wohl zu vertilgen, worin aber das Recht der Veräusserung nicht erwähnt wird. Für die gleiche Auffassung spricht auch die Bestimmung des §. 456 b. G. B.¹⁾.

Die aus unserer vorstehend entwickelten Auffassung der

¹⁾ So auch Randa, Besitz, S. 102, Z. 5: „Es ist kein mit dem Besitze verbundenes Recht“ und: „... es ist an ... die Inhabung geknüpft und bedarf ... noch besonderer Voraussetzungen.“ Diese Voraussetzungen sind aber lediglich ein gewisses wirkliches Recht an einer Sache (Eigenthum, Pfandrecht, Niessbrauch, Erbrecht).

Natur des Retentionsrechtes sich ergebenden Folgerungen sind in der Hauptsache nachstehende:

1. Das Retentionsrecht überhaupt ist kein eigenes, selbstständiges, von allen anderen Rechten verschiedenes Recht.

Unrichtig ist demnach die Ansicht Schenk's — a. a. O. §. 4 —, das *jus retentionis* sei „ein eigenthümlich geartetes Recht, in sich selbst so eigenthümlich geartet, dass man es mit irgend einem anderen Rechtsinstitute . . . gar nicht vermengen könne“.

Unrichtig ist ferner die Meinung Wolf's¹⁾: „Man wird mit Schenk — a. a. O. S. 60 — folgende Unterschiede zugeben müssen:

1. Das Retentionsrecht erfordert nothwendig Besitz, das Pfandrecht kann auch ohne Besitz bestehen;

2. der Faustpfandvertrag überträgt juristischen Besitz, das Retentionsrecht aber nur natürlichen Besitz (*detention*);

3. das Pfandrecht befugt zur Veräußerung, das Retentionsrecht nicht;

4. das Pfandrecht begründet ein dingliches Recht, das Retentionsrecht nicht; das letztere erzeugt nur das persönliche Recht der Zurückhaltung gegen den Schuldner . . ., während das Pfandrecht *contra quemcunque* wirkt . . .;

5. das Pfandrecht wirkt eine Klage, das *jus ret.* eine Einrede;

6. das Pfandrecht, sowohl das freiwillige als das nothwendige, ruht auf einer ausdrücklich oder stillschweigend erklärt angenommenen Einwilligung . . .; das Retentionsrecht hingegen hat eine solche Basis nicht, wird vielmehr auch gegen den Willen des betheiligten Gegners ausgeübt“.

Wir bemerken hierauf Folgendes, u. zw. zunächst ad 2: Die Behauptung, dass das Retentionsrecht nur natürlichen, also dass es überhaupt Besitz übertrage, ist an sich eine unrichtige;

¹⁾ Siehe Busch's Archiv. III, S. 259.

das Retentionsrecht ist überhaupt nicht im Stande, Etwas oder im Besondern einen Besitz zu übertragen; der natürliche Besitz ist im Gegentheile die Voraussetzung der Retention, nur wer bereits detinirt, kann auch retiniren. Weiter ist es aber völlig unstatthaft, einen Vertrag (der ja Rechte erzeugt) mit irgend einem Rechte in Vergleich zu ziehen.

ad 4: Es ist unrichtig, dass wohl das Pfandrecht, nicht aber das Retentionsrecht gegen Jedermann wirke. So gewiss der Verkäufer die verkaufte Sache gegenüber dem Käufer zurückhalten darf, so lange dieser die gewisse Bedingung nicht erfüllt, so gewiss darf er das gegenüber jedem Anderen.

Man vergegenwärtige sich nur, dass nach einem solchen Kaufvertrage ein dritter die Sache begehren würde. Es ist ganz selbstverständlich, dass hier das Retentionsrecht in noch höherem Grade zusteht, weil Verkäufer diesem Dritten in Betreff der Sache nicht einmal bedingt zur Uebergabe verpflichtet ist.

ad 6: Es ist unrichtig, dass das sogenannte nothwendige oder gesetzliche Pfand auf einer stillschweigend erklärt angenommenen Einwilligung beruhe. Es beruht vielmehr auf dem Gesetzeswillen und nur auf diesem.

Wenn die Einwilligung des Schuldners vorläge, würde die gesetzliche Bestimmung vollständig überflüssig erscheinen; in Ermangelung dieser aber würde es mit einer Zwangsvollstreckung bezüglich solcher Sachen, welche den Gegenstand des gesetzlichen Pfandrechtes bilden, sehr schwach bestellt erscheinen.

Ist es doch notorisch, wie häufig Schuldner in ihrer Detention befindliche Pfandstücke der Execution zu entziehen trachten. Diese Thatsache allein weist jene Annahme einer stillschweigenden Einwilligung entschieden zurück. Uebrigens kann es vorkommen, dass die Ausübung des vertragsmässigen Pfandrechtes auch gegen den Willen des Schuldners stattfindet und das kommt sehr oft vor. Allein dieser Umstand hat für die Ausübung wie

des Pfandrechtes überhaupt, so insbesondere auch der Retention offenbar gar keinen Belang.

Was ferner die Basis des Retentionsrechtes anbelangt, so ist dieselbe für letzteres Recht — natürlich bei Retention eines Pfandes — genau dieselbe wie für das Pfandrecht: Vertrag, Gesetz.

Was nun noch die übrigen Punkte Z. 1, 3 und 5 betrifft, so ist Nachstehendes in's Auge zu fassen:

Das Pfandrecht hat einen bestimmten Inhalt und dieser ist von mehrfacher Art; das Pfandrecht ist gerichtet auf das Bewahren (Behüten, Bewachen, Versperren . . .) des Pfandes; es ist gerichtet auf das Festhalten oder Zurückhalten des Pfandes; es ist endlich gerichtet auf das eventuelle Veräußern des Pfandes und auf das Erfassen und Behalten seines Erlöses, sei es in dessen Gänze oder nur in einem Theile.

Wenn nun der Pfandgläubiger und Pfandbesitzer die eine oder andere dieser Handlungen, oder nach und nach alle dieselben setzt oder ausübt, so thut er es in Kraft seines Pfandrechtes: er bewahrt, er retinirt, er verkauft die Sache zu Folge seines Pfandrechtes. Jede dieser Handlungen erscheint also als Bethätigung, als Anwendung des Pfandrechtes, aber auch nur als solche. Wenn wir also in Ansehung einer Pfandsache und neben dem hieran haftenden Pfandrechte auch von einem Bewahrungsrechte, von einem Retentionsrechte, von einem Veräußerungsrechte sprechen, so ist das juristisch genau genommen unstatthaft, zum Wenigsten in dem Sinne, als ob es neben dem Pfandrechte wirklich noch mehrere andere auf dasselbe Pfand Bezug nehmende und von dem Pfandrechte verschiedene, also eigene und selbständige Rechte geben möchte. Es ist das einzig in dem Sinne statthaft, dass z. B. der Ausdruck Veräußerungsrecht (des Pfandgläubigers) als das auf die Veräußerung abzielende Pfandrecht verstanden wird.

Mag sich daher das Pfandrecht bald auf diese, bald auf jene Art äussern oder bethätigen, so haben wir gleichwohl in jeder dieser verschiedenen Aeusserungsformen nur ein und dasselbe Recht, das Pfandrecht, vor uns.

Die gedachten drei weiteren Sätze Wolf's und Schenk's sind also durchaus unrichtig und könnte der erstere, Z. 1, nur so formulirt werden:

Das Pfandrecht kann ohne Besitz bestehen; will es jedoch der Pfandgläubiger auf gewisse Art ausüben, will er das Pfand retiniren, will er es veräussern, so ist hiezu das Haben des Pfandes erforderlich.

Wäre ferner der Satz Z. 3 richtig, so würde man consequent auch folgende Sätze aufstellen können: das Pfandrecht befugt zur Retention, das Veräusserungsrecht nicht.

Der Satz Z. 5 ist aber auch insoferne unrichtig, als die hierin erwähnte Einrede ebenfalls nur eine Wirkung des Pfandrechtes ist.

Wie es sich mit dem Pfandrechte gegenüber dem sogenannten Retentionsrechte verhält, ebenso verhält es sich, um noch eines zu gedenken, zwischen Eigenthums- und Retentionsrecht. Auch das Eigenthum äussert sich auf mehrfache Weise und in mehrfacher Hinsicht als das Pfandrecht. Aber jede dieser einzelnen Aeusserungen ist gleichfalls nur eine bestimmte Art von Bethätigung oder Anwendung des Eigenthumes, ist nichts Anderes als eine Wirkung desselben und diese Wirkung eines Rechtes lässt sich nicht selbst wieder als ein Recht qualificiren und kategorisiren.

Unrichtig ist demnach ferner die Ansicht Goldschmidt's: „Es (das Retentionsrecht) ist vielmehr ein eigenthümliches Vermögensrecht“ — a. a. O. S. 964 —.

Aus den zahlreichen Aeusserungen Goldschmidt's speciell über die Wirkungen des Retentionsrechtes (S. 981 ff) heben wir nur folgende heraus:

„Dem Pfandrechte ist es seinen praktischen Zielen nach verwandt, da es gleichfalls die Sicherung von Forderungen bezweckt, aber sehr verschieden von ihm in seiner rechtlichen Structur und Wirkung. Eine analoge Uebertragung pfandrechtlicher Grundsätze ist unstatthaft.“ Dann: „das Retentionsrecht greift Platz, wo ein Pfandrecht versagen würde, z. B. an Sachen, welche Eigenthum des Retinenten sind, an Objecten ohne Verkaufswerth, an beliebigen Leistungen des Retinenten“.

In diesen Sätzen zeigt sich Wahres und Unwahres vermischt. Ist der Gegenstand der Retention z. B. im Eigenthum, oder im Niessbrauch des Retinenten, dann ist das Retentionsrecht von dem Pfandrecht grundverschieden.

Wird hingegen die Retention an einem Pfande geübt, dann ist das Retentionsrecht, wie wir soeben gesehen haben, in Wahrheit selbst Pfandrecht, mit diesem also nicht bloß verwandt. Von einer verschiedenen Structur und Wirkung und von einer „analogen Uebertragung“ pfandrechtlicher Grundsätze kann in einem solchen Falle also allerdings nicht die Rede sein.

Vollständig wahr ist die Aufstellung, dass das Retentionsrecht Platz greift, wo ein Pfandrecht versagen würde, z. B. an Sachen, welche im Eigenthum des Retinenten stehen.

In solchen Fällen ist das Retentionsrecht eben Eigenthumsrecht (ein Bestandtheil dieses Rechtes).

Die Ursache dieser Aeusserungen Goldschmidt's liegt ersichtlich darin, dass derselbe von der Annahme ausgeht, dass es lediglich Ein Retentionsrecht gebe, von Einer Art und Beschaffenheit und verschieden von jedem anderen Rechte.

Aehnlich verhält es sich weiter mit folgenden Sätzen Goldschmidt's (S. 984):

„Es ist insoferne ein accessorisches Recht, als es ohne einen Anspruch, zu dessen Sicherung es dient, weder zu entstehen noch fortzubestehen vermag“ — gilt nur vom Reten-

tions- als Pfandrecht, nicht aber vom Retentions- als Eigenthums-, Niessbrauch-, Erbrecht —; dann: „Das Retentionsobject haftet nicht gleich dem Pfande für den Anspruch des Retinenten“ — hier ist das Verhältniss umgekehrt: der Satz ist richtig in Ansehung des Retentions- als Eigenthumsrechtes, unrichtig aber in Ansehung des Retentions- als Pfandrechtes, in welchem Falle Pfand- und Retentionsobject identisch sind.

Wenn Goldschmidt ferner dahin sich äussert, a. a. O. S. 1020: „das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs bildet so gewissermassen den Uebergang vom vertragsmässigen Faustpfand zu dem mit nur gewissen pfandrechtlichen Wirkungen versehenen kaufmännischen Retentionsrechte; beide aber sind Zwischenbildungen zwischen dem reinen Pfandrecht und dem reinen Retentionsrecht, so leuchtet das Irrige auch dieser Aufstellungen schon von selbst ein; es gibt keineswegs ein „reines“ und ein „unreines“ Pfandrecht und noch weniger ein derartiges Retentionsrecht; es gibt sohin in Ansehung des Pfandrechtes auch keinen „Uebergang“ und keine „Zwischenbildungen“.

Als unzutreffend müssen wir endlich auch die Ansicht Geller's über das allgemeine — bürgerlich rechtliche — Retentionsrecht erklären.

Geller, a. a. O. S. 19, sagt von demselben, dass es sich . . . dem Inhalte nach vollkommen mit dem Pfandrechte decke und daher, soweit es eine concrete Sache zum Gegenstand hat, ein wahres *jus in re* ist.

Wird aber erwogen, dass das Retiniren z. B. nicht blos an einem Pfande, sondern auch an einem im Eigenthume des Retinenten befindlichen Gegenstande vorkommt; dann dass in dem Pfandrechte und noch mehr in dem Eigenthume noch andere Befugnisse enthalten sind, das Retiniren also nur einen Theil des Inhaltes dieser Rechte darstellt, so ergibt sich schon hieraus, dass das Retentionsrecht „als dem Inhalte nach sich

vollkommen mit dem Pfandrechte deckend“ nicht erachtet werden kann. Und wie sich gezeigt hat, dass das sogenannte kaufmännische Retentionsrecht — welches Geller von seinem Standpunkte aus ganz folgerichtig als eine blosse Varietät des allgemeinen Retentionsrechtes bezeichnet, a. a. O. S. 20 —, nur eine Anwendung, eine Bethätigung des Pfandrechtes ist, also eben nur selbst Pfandrecht ist, genau so verhält es sich mit dem sogenannten allgemeinen Retentionsrecht: es ist auch dieses stets nur eine bestimmte Aeusserungsform eines gewissen — eigentlichen und wirklichen — Rechtes und kann also ebenfalls als ein eigenes Recht welcher Art immer, also auch nicht als ein „*jus in re*“ erklärt werden, nämlich nicht als ein eigenes selbständiges *jus in re*, als ein solches, welches den anderen bisher bekannten Arten dieser Rechte, deren Zahl vermehrend, nebengeordnet und zugezählt werden müsste.¹⁾

Wenn daher, wie Geller hervorhebt — a. a. O. S. 21 — „im Gemeinen Recht das Retentionsrecht sich nicht zu einem selbständigen Begriff herauszubilden vermocht hat“, so stellt sich das in Gemässheit der obigen Ausführungen als ganz natürlich dar: das Retentionsrecht konnte sich zu einem selbständigen Rechtsbegriffe oder Rechtsinstitute darum nicht entwickeln, weil es überhaupt keine Selbständigkeit hat, weil es überhaupt kein eigenes, besonderes Recht bedeutet.

Am stärksten aber hat Geller seiner Auffassung des Retentionsrechtes in dem Satze — a. a. O. S. 24, nach Anführung des §. 250 des II. Theiles des Westgalizischen b. G. B. des

¹⁾ Geller's Auffassung des Retentionsrechtes als eines selbständigen eigenen Rechtsinstitutes findet ihren Ausdruck noch in dem Schlusssatze seiner Schrift, u. zw. nach Erwähnung einzelner „Anwendungsfälle“ des Retentionsrechtes in dem Satze: „Ihrem Ursprunge, wie ihrem Wesen nach sind sie nichts als einzelne Gestaltungen des Retentionsrechtes wegen connexer Forderungen, das, ein Institut des *jus gentium*, dem Oesterreichischen Recht nicht minder als dem Recht aller anderen Culturvölker eigen ist.“

Urentwurfes z. a. b. G. B. — Ausdruck geliehen: „Damit war jenes Ideal des Retentionsrechtes zur Wirklichkeit geworden, welches das wirthschaftliche Leben in solcher Vollkommenheit vielleicht gar nicht erwartet hat, ein Retentionsrecht im eigentlichen und vollen Sinne, welches, in sich selbst bestehend und ein Recht *sui generis*¹⁾, seinen Namen ganz und redlich verdiente.“

Nun ergibt sich aber schon von selbst aus unseren früheren Ausführungen, dass auch dieser §. 250²⁾ lediglich ein Pfandrecht und nichtsweniger als ein davon verschiedenes Recht welchen Namens immer geschaffen haben würde, ein Pfandrecht, das zwar seiner Entstehung nach ein gesetzliches und ein sicherstellungsweises gewesen wäre — wie jenes im Art. 315 H. G. B., wie jenes im §. 1101 b. G. B., wie jenes im §. 1321 eben da — aber im Wesen doch ein wahres und wirkliches Pfandrecht und nur ein solches.

2. Eine zweite Folge der im Obigen erkannten Natur des Retentionsrechtes ist, dass sein Rechtsgrund nicht, wie früher aufgestellt wurde, im Vertrage — Gruppe I — oder im Gesetze — Gruppe II und III — gelegen ist.³⁾

Da die Retention allezeit und ausnahmslos nichts anderes ist, als die blosse Ausübung eines Rechtes, so folgt unabweisbar, dass die Retentionsbefugniss keinen eigenen und selbständigen Rechtsgrund haben kann, sondern dass ihr unmittelbarer Rechtsgrund das durch die Retention bethätigte Recht, ihr

¹⁾ Oder, wie es von Geller schon S. 9 bezeichnet wird: „ein selbst-entstandenes und *sua vi ac potestate* bestehendes“.

²⁾ Derselbe lautet: „In der Regel ist zwar der Pfandinhaber verbunden, dem Pfandgeber nach getilgter Schuld die verpfändete Sache zurückzustellen; allein es gebührt ihm das Zurückbehaltungsrecht und ein neues verhältnissmässiges Pfandrecht darauf, wenn er es auf eine andere richtige und schon verfallene Forderung gründen kann. Eben dieses Recht steht in gleichen Umständen jedem anderen redlichen Besitzer zu.“

³⁾ S. 15 oben, S. 25 unten u. fg.

mittelbarer Rechtsgrund aber derjenige ist, auf welchem das betreffende Recht selbst beruht.

Denken wir uns übrigens nachstehende Fälle, u. zw. zunächst in Ansehung des Eigenthumsrechtes:

a) Wenn *B* mit der Absicht umgeht, das Pferd des *A*, worauf ihm nicht das geringste Recht zusteht, sich anzueignen, u. zw. auf die möglichst billige Weise, also es zu stehlen, und wenn *A*, dies gewahrend, sich dem widersetzt, sein Pferd festhält, es zurückhält, so übt er damit sein Eigenthumsrecht; er ist kraft seines Eigenthumes zur Zurückbehaltung berechtigt. So ähnlich in den übrigen Fällen: Der Pfandgläubiger retinirt kraft seines Pfandrechtes, der Nutzniesser kraft seines Nutzniessungs-, der Erbe kraft seines Erbrechtes und da die genannten Rechte je einen bestimmten Rechtsgrund haben, so beruht die Retention zugleich auch hierauf.

Der eben betrachtete Fall ist der denkbar einfachste. Nehmen wir jedoch an

b) dass *A* dem *B* das Pferd für den Fall, als er eine gewisse Arbeit ausführt, versprochen hat. Wenn *B* nach Abschluss dieses Vertrages, der ihm sofort ein Recht, jedoch blos ein bedingtes, auf das Pferd gab, dieses von *A* verlangen würde, ohne dass er die Arbeit vollendet hat, und wenn *A* auch hier das Pferd zurückhält, so übt *A* gleichfalls sein noch immer vorhandenes Eigenthumsrecht aus, er retinirt auch hier kraft seines Eigenthumes.

Kommt jedoch *B*, nachdem er die Arbeit gethan hat und begehrt jetzt das Thier, dann darf *A* dasselbe nicht mehr zurückhalten, sein Eigenthum und damit auch jeder Bestandtheil desselben, also auch die Zurückhaltungsbefugniss ist erloschen. Im vorliegenden bedingten Falle bezeichnet die Bedingung die rechtliche Grenze, bis zu welcher *A* sein Eigenthumsrecht und damit sein Retentionsrecht noch besessen hat. Allein die Retentionsbefugniss wurzelt auch hier in dem Eigenthumsrechte des

A und *A* hat, indem er retinirt, lediglich sein Eigenthumsrecht ausgeübt.

Im jetzigen Falle war nur eine der beiden Forderungen eine bedingte. Nun wollen wir

c) einen Fall nehmen, wo beide Forderungen bedingt sind, also z. B. einen Fall aus der Gruppe I, etwa den des Kaufvertrages. Wenn hier der Käufer zur Uebergabszeit vom Verkäufer den erkauften Gegenstand verlangt, die Zahlung aber später leisten zu wollen erklärt und wenn Verkäufer deshalb die Sache zurückhält, so retinirt er auch hier in Kraft und zu Folge seines ihm wegen Nichterfüllung der Bedingung noch immer zustehenden Eigenthumsrechtes. Auch hier bildet die Bedingung zwar die Grenze, an und bei welcher sein Eigenthumsrecht zur Erlöschung kommt, aber auch nur diese Grenze; vor derselben und in der ganzen Weite bis zu ihr besteht das Eigenthum des *A* noch immer und eben deshalb konnte und kann er retiniren.

Wenn wir also oben, S. 14, sagten, „das Recht der Zurückhaltung hat daher seine Wurzel in dieser Bedingung“ (und hieraus folgerten, dass der Vertrag der Rechtsgrund des Retentionsrechtes ist), so lässt sich das Unrichtige dieses Satzes nunmehr gar nicht verkennen. Und ebenso verhält es sich mit dem nachfolgenden Satze: „bestände diese Bedingung nicht, so würde das Forderungsrecht ein absolutes sein und an das Recht der Zurückhaltung wäre nicht zu denken“.

Denn bestünde die Bedingung nicht, so würde, da sie ja einen wesentlichen Bestandtheil des Vertrages bildet, mit ihrem Wegfall auch der Vertrag selbst wegfallen¹⁾; und woferne — was auch oben in's Auge gefasst wurde — etwa der Kaufschilling geborgt würde, so haben wir es eben nicht mehr mit einem blossen Kauf-, sondern mit einem Kauf- und Darlehensvertrage zu thun und würde überhaupt der ganze Rechtsfall

¹⁾ Siehe Unger, Syst. I, S. 65, Nr. 3 u. S. 75 u. 76, dann VI, S. 57 fg.

ein wesentlich verschiedener sein, es würde das bislang vorausgesetzte Moment der „gegenseitigen Bedingtheit beider Forderungen“ abgehen.

Der Vertrag (im Falle c) erzeugt also wohl die gegenseitige Tauschberechtigung und beziehungsweise Verpflichtung; es liegt in ihm auch sogar eine Anerkennung der Retentionsbefugniss und ihres Grundrechtes; allein dieses letztere und sohin auch die erstere erzeugt der Vertrag nicht; er kann auch beide nicht erzeugen, da sie schon vor ihm existirt haben und existiren mussten; sie bilden seine Voraussetzung.

Ebenso verhält es sich im Wesentlichen in Ansehung des Pfandrechtes, wenn nämlich ein Darlehen gegen Pfand gegeben werden soll. Auch da retinirt jeder Theil auf Grund seines bisherigen Eigenthumes. Kommt es aber zur späteren beiderseitigen Rückstellung, so retinirt der Schuldner das Geld wohl auch wieder auf Grund seines Eigenthumes und der Gläubiger auf Grund seines Pfandrechtes; allein nachdem diese zwei Grundrechte durch den (Darlehens- und Pfand-) Vertrag erzeugt worden sind, so beruht das Retentionsrecht in diesem letzteren Falle mittelbar auch auf diesem Vertrage. Im gleichen Sinne muss demnach auch Jenes berichtet werden, was oben, S. 38, vom Thatbestande des Retentionsrechtes gesagt wurde, dass nämlich das Tauschverhältniss der Thatbestand des Retentionsrechtes sei, durch diesen erzeugt werde. Dieses Verhältniss bildet für das Retentionsrecht lediglich eine von den mehreren Gelegenheiten zu seiner allfälligen Ausübung. Sein Thatbestand ist jener des entsprechenden Grundrechtes.

Wir brauchen nicht besonders hervorzuheben, dass das Vorstehende *mut. mut.* auch in Ansehung aller Fälle der Gruppe II Geltung hat.

Wir sind nunmehr vollständig in die Lage gesetzt, auch zu der von Geller, a. a. O., S. 19, aus seinen vorangeschickten

Prämissen gezogenen ersten Schlussfolgerung, nämlich: „Dass dieses Retentionsrecht, indem es in und mit der Forderung des Inhabers der Sache als ein immanentes Element derselben entsteht und besteht, keines besonderen Entstehungsgrundes und daher auch keiner besonderen Anerkennung durch das Gesetz bedarf“ — Stellung zu nehmen und unsere Ansicht hierüber zum Ausdruck zu bringen. Und zwar bemerken wir hierauf zunächst, dass dieser Satz Geller's im Allgemeinen allerdings ein richtiger ist. Nur ist der Grund hiefür nicht der von Geller angeführte, dass es „in und mit der Forderung des Inhabers der Sache . . . entsteht und besteht“; der wahre Grund ist der, dass die Retentionsbefugniss nicht ein Recht, nicht ein eigenes, selbständiges Recht, ein Recht *sui generis*, sondern dass sie lediglich eine Erscheinungsform, lediglich die Bethätigung oder Anwendung eines wahren und wirklichen Rechtes ist und demzufolge eben denselben Entstehungsgrund hat, aus welchem dieses Recht entstanden ist.

Es muss sohin auch der Ausdruck „bedarf“ aus dem Satze entfernt und dieser dahin formulirt werden, dass das Retentionsrecht einen besonderen Entstehungsgrund überhaupt nicht hat und gar nicht haben kann; denn das Wort „bedarf“ würde die Auffassung zulassen, dass das Retentionsrecht einen besonderen Entstehungsgrund haben könnte.

Unrichtig ist ferner die Geller'sche Ansicht, dass das Retentionsrecht einen integrirenden Bestandtheil der Forderung selbst bilde, oder, wie es in der ersten Schlussfolgerung heisst: ein immanentes Element derselben. Zu den diesfalls schon früher geltend gemachten Gründen können wir nunmehr noch den folgenden, aus dem Wesen des Retentionsrechtes entnommenen hinzufügen:

Das Retentionsrecht (genauer die Retentionsbefugniss) ist, wie gezeigt worden, allerdings blos ein Bestandtheil, blos ein Element, aber nicht der Forderung des Retinenten, sondern

jenes Rechtes desselben, welches ihm bis zur Erfüllung der mehrgedachten Bedingung vollauf zusteht und wovon die Retention lediglich als eine Bethätigung oder Ausübung erscheint.

Weiters müssen wir noch auf einen Widerspruch aufmerksam machen, welcher darin liegt, dass das Retentionsrecht einmal als integrierender Bestandtheil der Forderung des Retinenten, dann sofort wieder als ein wahres „*jus in re*“ bezeichnet worden ist.

Wenn Geller endlich sich dahin äussert, u. zw. gleich im Beginne seiner Schrift, S. 9, oben, „dass dieses Retentionsrecht in jenem Verhältnisse selbst eingeschlossen und mit demselben gegeben sei, ein natürliches, autogenes Product thatsächlicher Factoren“ (also mehrerer) . . . , welcher Gedanke später S. 21, 27 und 29 neuerlichen Ausdruck erhält, so ergibt sich das Unzutreffende dieser Auffassung ebenfalls aus der oben erkannten Natur des Retentionsrechtes: Da es lediglich die Ausübung eines Rechtes ist, so kann es auch nicht als das Product thatsächlicher Factoren bezeichnet werden, das aber um so weniger deshalb, weil das Recht selbst, von welchem die Retentionsbefugniss nur einen Bestandtheil bildet, immer schon vor jenen Verhältnissen, die Geller namhaft gemacht und welche wir als Tauschverhältnisse erkannt haben und mit ihm also auch die Retentionsbefugniss schon vorhanden gewesen ist.

Eine weitere Folge unserer Auffassung des Retentionsrechtes ist

3. dass es auch im österreichischen Rechte, des §. 471 ungeachtet, das Retentionsrecht gibt, u. zw. nicht blos das im weiteren, sondern auch das im engeren Sinne.¹⁾

Schon Geller hat die gleiche Ansicht in seiner erwähnten Schrift, I. Theil, u. zw. aus inneren Gründen zu erweisen unternommen, wie wir aber gesehen haben, ohne Erfolg. Geller

¹⁾ Unger, II, §. 125, N. 17.

hat sodann denselben Versuch im II. Theile seiner Schrift, S. 31, erneuert, diesmal im Wege der Auslegung des §. 471. Doch auch dieser Versuch muss als ein vergeblicher erachtet werden, u. zw. in der Erwägung, dass das Gesetz, der Geller'schen Argumentation zu Folge, im §. 471 von dem Ausdrücke „Forderungen“ die etwa mit der Gewahrsame der Sache zusammenhängenden Ansprüche ausnehmen würde, eine solche Ausnahme jedoch, hätte sie das Gesetz thatsächlich gewollt, gewiss in ganz positiver Art und *expressis verbis* erfolgt sein würde.

Hingegen ergibt sich aus unserer Darlegung des Wesens des Retentionsrechtes, dass vor Allem in Ansehung jener Fälle (der Gruppen I—III), in welchen die Retention als Ausübung des Eigenthumes und beziehungsweise des Miteigenthumes erscheint, der §. 471, der nur von Inhabern fremder Sachen spricht, auch abgesehen von den §§. 1052 und 1062, absolut keine Anwendung finden kann. Allein auch in Ansehung aller übrigen Fälle, wo nämlich die Retention als Anwendung des Pfand-, oder Niessbrauch-, oder Erbrechtes erscheint, wird das Retentionsrecht — u. zw. das in der bisherigen Untersuchung und in der Schrift Geller's gemeinte — durch den §. 471 nicht im Geringsten ausgeschlossen, im Gegentheil sagt derselbe, dass z. B. der Pfandgläubiger so lange die fremde Sache (das Pfand) zurückhalten darf, als sein Recht (sein Pfandrecht) nicht erloschen ist.

An jene Fälle, auf welche das hier in Untersuchung stehende Retentionsrecht Bezug hat, hat also der §. 471 nicht gedacht und er hat das hier vorhandene Retentionsrecht nicht ausgeschlossen und gar nicht ausschliessen können, weil sich der Gesetzgeber sonst mit anderen seiner Gesetze, nämlich mit jenen über den Inhalt des Eigenthumes, Pfandrechtes u. s. w. und nicht minder mit dem §. 415 (und 392), der das Miteigenthum des Inhabers der — anfänglich fremden — Sache zur Voraussetzung hat, in offenen Widerspruch gesetzt haben würde.

Der §. 471 hat demnach nur auf solche Fälle Bezug, wo der Inhaber einer fremden Sache, nach Erlöschung seines Rechtes daran, die Sache deshalb nicht zurückstellen möchte, weil er zwar kein Recht mehr an der Sache, dagegen an ihren Eigenthümer irgend eine noch aufrechte Forderung hat, wenn also z. B. der Pfandgläubiger nach Befriedigung der durch das Pfand ihm sichergestellten Forderung, oder wenn der Commodatar, der auf die Sache Verwendungen gemacht hatte, nach Erhalt des Ersatzes derselben die Sache dennoch weiter behalten wollte aus dem Grunde, weil beide an den Eigenthümer der Sache noch eine von der früheren ganz verschiedene, z. B. eine Erbschaftsforderung haben. Dass in Fällen solcher Art das Zurückhaltungsrecht nicht zusteht und dass es nur dann zustehen könnte, wenn eine dem Art. 313 H. G. B. ähnliche Bestimmung im bürgerlichen Gesetzbuche Aufnahme gefunden hätte, nämlich eine allgemeine und nicht bloß eine nur ausnahmsweise, wie eine solche §. 1321 *eod.* enthält, das leuchtet von selbst ein. Das in der vorliegenden Untersuchung gemeinte Retentionsrecht also wird durch §. 471 thatsächlich nicht ausgeschlossen; andererseits aber, insoweit dieser Paragraph eine Ausschliessung wirklich anordnet, muss auch von ihm gesagt werden, dass er — zur Gänze überflüssig ist.

Nichtsdestoweniger gibt es einen Paragraphen, demzufolge auch im österreichischen Rechte das Zurückhaltungsrecht, so sehr es auch alle Voraussetzungen für sich haben mag, wirklich ausgeschlossen erscheint. Es ist das der §. 1109, welcher am Schlusse vom Bestandnehmer also sagt: „Weder die Einwendung des Compensationsrechtes¹⁾, noch selbst des früheren Eigenthumsrechtes kann ihn vor der Zurückstellung schützen.“

Allein nicht bloß nach dem §. 1109 kann eine Aus-

¹⁾ Soll zweifelsohne heissen: „des Retentionsrechtes“. An eine Compensation mit der auf Rückstellung des Mieth- oder Pachtobjectes gerichteten Forderung ist doch nicht zu denken.

schliessung des Retentionsrechtes vorkommen; eine solche Ausschliessung kann, wenn auch nur in den Fällen der Gruppe II, überhaupt dann Platz greifen, wenn das Recht des Einen, z. B. des Bestandgebers, des Deponenten, des Verleihers u. s. w. klar und unbestritten vorliegt, das Recht des Anderen hingegen — seines Miteigenthumes aus behaupteten Verwendungen auf die fremde Sache — geleugnet wird und nur auf langwierige Art erwiesen werden könnte, also aus dem Grunde der sogenannten Illiquidität.

Ob es jedoch nicht richtiger gewesen wäre, die im §. 1109 verfügte Ausschliessung auf den Fall solcher Illiquidität einzuschränken?

4. Wir sagten oben (S. 45), dass das Retentionsrecht niemals einen eigenthümlichen oder besonderen *Gegenstand* hat, sondern dass derselbe stets identisch ist mit demjenigen, auf welchen die erhobene Forderung gerichtet ist.

Nunmehr sind wir jedoch in der Lage, als den Gegenstand des Retentionsrechtes denjenigen bezeichnen zu können, auf welchen das durch die jeweilige Retention ausgeübte *Grundrecht* Bezug hat. Was immer möglicher Gegenstand dieses Rechtes ist, daran kann auch die Retentionsbefugniss ausgeübt werden.

5. Unter den Retentions-Schriftstellern gibt es auch in der Richtung, ob der Retinent die Veräusserungsbefugniss habe, keine Uebereinstimmung; die einen behaupten sie, die anderen stellen sie in Abrede.

Nach unserer von dem Wesen des Retentionsrechtes gewonnenen Erkenntniss kommt die Frage dahin zu lösen: Wenn Retinent das Pfandrecht hat, dann hat er mit dem letzteren ausser der Retentionsbefugniss auch die Befugniss der Veräusserung und ist diese ein geeignetes Mittel, ihm für seine Forderung Befriedigung zu verschaffen. Beruht jedoch die Retentionsbefugniss auf einem anderen Rechte, insbesondere auf

dem Eigenthume, dann ist an eine Veräusserung der eigenen Sache des Retinenten (oder beim Nutzniesser an jene der Sache des fremden Eigenthümers) natürlich nicht zu denken, u. zw. deshalb, weil die Veräusserung in solchen Fällen den Anspruch des Retinenten gleichwohl nicht verwirklichen würde.

Nun meint zwar Frank¹⁾, dass Retinent die Sache doch nicht in Ewigkeit zurückhalten könne, dies auch insoferne unthunlich erscheine, als nicht verlangt werden könne, dass Retinent, wenn die Sache ein lebendes Thier ist, dieses für einen Anderen auch noch füttere u. s. w.; dass ferner viele Sachen einem raschen Verderben unterliegen u. dgl.

Die nothwendige Hilfe liegt aber in solchen Fällen in einer wesentlich anderen Richtung. Sie liegt in der Behebung des Vertrages. Nun besteht hierüber zwar gleichfalls keine Meinungseinheit²⁾, weder unter den Juristen, noch unter den Gesetzgebungen, da z. B. das französische Recht im Art. 2184, wenn bei zweiseitigen Verträgen der eine Theil nicht erfüllt, der andere den Vertrag als behoben ansehen darf, während das römische und österreichische Recht diese Befugniss ausschliessen. Allein diese Ausschliessung lässt sich als eine innerlich begründete nicht erachten, und zwar in der Erwägung, dass, wenn der eine Theil den Vertrag nicht erfüllt, ihm also dieser Vertrag unangenehm ist, er ihn factisch ablehnt, von ihm factisch zurücktritt, das gleiche Handeln auch dem anderen Theile zuerkannt werden muss, da ja beide Theile gleichberechtigt nebeneinander stehen; weil also die Behebung des Vertrages im Grunde genommen eine beiderseits gewollte ist und eben deshalb auch rechtlich gar nicht gehindert werden kann.

¹⁾ Arch. f. Wr. XIII, S. 229 fg.

²⁾ S. Dworzak in Haimerl's Vierteljahrsschrift, Bd. 2, S. 175 und Stubenrauch's Commt. z. b. G. B. II. Bd. zum §. 919.

A n h a n g.

Erst im letzten Stadium der vorliegenden Untersuchung ist Verfasser derselben aus einem in Baron's Pandekten im Abschnitte vom Pfandrecht enthaltenen Citate auf das ebenfalls das Retentionsrecht behandelnde Buch von Dr. Adolf Langfeld (Rostock, 1886) aufmerksam gemacht worden.

Obgleich die Ergebnisse desselben in den Hauptpunkten und demzufolge auch in fast sämtlichen Einzelfragen von den oben dargelegten abweichen, müssen wir doch bekennen, dass wir das Buch mit wahren Interesse gelesen haben, da es durchwegs eine gründliche Kenntniss des römischen Rechtes in seinen die Retentionslehre so vielfach berührenden Theilen und eine ebenso eingehende wie scharfsinnige Behandlung des Stoffes wahrnehmen lässt.

Im Nachfolgenden sollen denn noch, wenn auch nur die wichtigeren Ergebnisse und Ansichten Langfeld's in Kürze hervorgehoben werden, um uns zu überzeugen, ob auch ihnen gegenüber die obigen Resultate Stand halten.

Nachdem Langfeld zunächst — S. 18 fg. — seine Ansicht dahin ausgesprochen hat, dass es ein Retentionsrecht im technischen Sinne nur bei zeitweiliger Hemmung des gegnerischen Anspruchs gebe und nur dort, wo die beiderseitigen Leistungen nicht nacheinander, sondern Zug um Zug zu erfolgen haben, wendet sich Langfeld zu den verschiedenen Gruppen der

Retentionsfälle und versucht für jede derselben den Rechtsgrund des Retentionsrechtes festzustellen.

In Betreff der auf eine fremde Sache gemachten Verwendungen — welcher Begriff im §. 7 auf alle sonstigen gleichartigen Fälle, insbesondere jene, „wo durch Accession eine Sache in eine andere aufgegangen ist“, ausgedehnt wird, wie das Gleiche auch in unserer Untersuchung geschehen ist — findet Langfeld für die in diesen Fällen vorhandene Retentionsbefugniss den Rechtsgrund darin (S. 38 oben), „dass in derselben Sache, deren Herausgabe Kläger begehrt, auch die Verwendungen stecken, deren Ersatz Beklagter von jenem begehren kann, und dass Kläger sich (ohne gleichzeitigen Ersatz) auf Kosten des Beklagten bereichern würde“.

Allein dieser auch schon von Grosskopf aufgestellte Satz ist zwar an sich vollkommen richtig; er gibt jedoch nicht das, was wir von ihm erwartet haben, er sagt uns durchaus nicht, auf welchem Rechtsgrunde, z. B. Vertrag, letzter Wille, richterlicher Ausspruch, Gesetz — das Retentionsrecht beruhe.

Dieser Satz Langfeld's erinnert uns an einen sehr ähnlichen von Geller¹⁾, nämlich: „. . . und man wird bald die Ueberzeugung gewinnen, dass dieses Retentionsrecht in jenem Verhältnisse selbst eingeschlossen und mit demselben gegeben ist . . .“, welcher Satz gleichfalls einen Rechtstitel nicht angibt.

Dass jedoch ein solcher eigentlicher Rechtsgrund für diese Retentionsfälle, wie auch für alle übrigen existirt, ist oben dargelegt worden.

Im §. 8 seines Buches, S. 47, kommt Langfeld zum Retentionsrechte an einer Sache wegen des Anspruches auf Ersatz „des durch sie verursachten Schadens“ und erklärt, dass auch in Fällen dieser Art das Retentionsrecht zustehe. Die

¹⁾ a. a. O. S. 9.

Begründung ist zugleich aus folgender Entgegnung zu entnehmen: Dort, wo eine fremde Sache uns zu Aufwendungen auf sie veranlasst hat, lässt sich keineswegs sagen, dass sie eine Verminderung unseres Vermögens herbeigeführt und dass eine solche überhaupt stattgefunden habe, da unsere Untersuchung ergeben hat, dass in solchen Fällen, woferne die Verwendung dem Eigenthümer der Sache zum Vortheile war, stets Miteigenthum entsteht und dass demnach dem Verwender eine Minderung seines Vermögens erst dann zugehen würde, wenn er die Sache nach der Verwendung dem Anderen nicht nur ohne Ersatz überhaupt, sondern auch nur ohne gleichzeitigen Ersatz überlassen müsste. Die Beschädigungsfälle zeigen sich daher von den Verwendungsfällen als wesentlich verschieden, woraus folgt, dass nicht auch die ersteren als auf dem gleichen Rechtsgrunde der letzteren beruhend angesehen werden können, ganz abgesehen davon, dass schon dieser von Langfeld angegebene kein wirklicher ist, und da Langfeld andere Gründe für dieses vermeintliche Retentionsrecht nicht vorgeführt hat, müssen wir an unserer Auffassung, dass es in solchen Beschädigungsfällen im Allgemeinen das Retentionsrecht nicht gibt, aus den hiefür entwickelten Gründen festhalten.

Im §. 9, a. a. O. S. 51, kommt Langfeld zur „sogenannten *exceptio non a. c.*“ und erklärt zuvörderst unter Stellungnahme gegen Grosskopf, Luden und insbesondere Schenk, dass auch durch diese *exceptio* nichts anderes als eine Retentionsbefugniss geltend gemacht werde. Der „innere Grund“ für diese Befugniss könne jedoch nur darin gefunden werden, „dass jeder Theil eine Leistung nur übernommen hat, um dafür die Leistung des anderen Theils zu erhalten, dass die Leistung des einen nur ein Entgelt bildet für die Leistung des anderen und beide Leistungen somit im Resultat nur den Austausch zweier Vermögenswerthe vermitteln“.

Dieser Satz — welcher im Wortlaute [nahezu, im Sinne

aber vollständig mit dem entsprechenden Satze Geller's¹⁾ ebenfalls übereinstimmt — ist nicht minder an sich durchaus richtig; allein wir müssen von ihm gleichfalls bemerken, dass er einen geltenden, wirklichen und positiven Rechtsgrund nicht namhaft macht.

Eben das gilt von allen übrigen von Langfeld erwähnten Retentionsfällen.

Im §. 15 untersucht Langfeld, ob die von ihm angeführten Fälle einem „einheitlichen Rechtsbegriffe“ zu subsumiren seien und kommt am Schlusse zu dem Resultate, dass das allerdings zu geschehen habe, wobei es jedoch auffällig erscheint, dass Langfeld diesen einheitlichen Rechtsbegriff — der thatsächlich vorliegt²⁾ — nicht ausdrücklich genannt hat.

Die Rechtfertigung dieser Subsumtion erblickt Langfeld darin³⁾, dass der durch die Retentionsbefugniss in allen Fällen verfolgte Zweck der gleiche sei, nämlich: „auf die Befriedigung des Gegenanspruches hinzuwirken und diesen so zu sichern“. Dieser Gedanke erhält in Langfeld's Buche noch sehr häufig Ausdruck und Betonung; gleichwohl vermögen wir ihm nicht zuzustimmen. Die gedachte Wirkung des Retentionsrechtes ist — was Langfeld ebenfalls selbst wiederholt hervorhebt — lediglich eine indirecte; seine directe Wirkung ist die Rückhaltung der vom Gegner verlangten Sache (Langfeld nennt das die thatsächliche Wirkung, a. a. O. S. 119) und sohin gleichzeitig die einstweilige Zurückweisung des gegnerischen Anspruches (von Langfeld als die rein juristische Wirkung bezeichnet, a. a. O. S. 120).

Sollte es nun nicht richtiger erscheinen, diese beiden directen Wirkungen zusammen in erster Linie und blos in

¹⁾ a. a. O. S. 12.

²⁾ Nach unserer Auffassung und bei Ausscheidung der Beschädigungsfälle, ist es der Tauschbegriff.

³⁾ a. a. O. S. 89 und 90.

zweiter Linie auch die Sicherung des eigenen Anspruches des Retinenten als den gemeinsamen Zweck des Retentionsrechtes anzusehen?

Im §. 16 stellt Langfeld die Behauptung auf, dass eine Leistung beliebigen Inhaltes retinirt werden könne, während unsere Untersuchung ergeben hat, dass der Gegenstand der Retention stets eine Sache, niemals eine Arbeit und noch weniger eine bloße Unterlassung ist, da in diesen Fällen die Möglichkeit der gleichzeitigen Leistung ausgeschlossen erscheint.

Im selben Paragraph forscht Langfeld nach dem den einzelnen Fällen des Retentionsrechtes zu Grunde liegenden Princip, d. h. wie die Ueberschrift und der weitere Inhalt des §. 16 entnehmen lassen, nach dem allgemeinen Rechtsgrunde des Retentionsrechtes.

Nachdem Langfeld zunächst eine Reihe von hierauf Bezug nehmenden Theorien zurückgewiesen hat, darunter insbesondere auch die sogenannte Billigkeitstheorie, kommt Langfeld (S. 97) zur Connexitätstheorie, ist aber bemüsst, auch diese als unanwendbar zu erklären: „Mit der Behauptung“, so heisst es S. 108 wörtlich, „das Retentionsrecht sei gegeben bei Connexität der sich gegenüberstehenden Ansprüche, ist daher auch Nichts gewonnen.“ Dass das jedoch nicht zur Gänze richtig ist, hat unsere Untersuchung (oben S. 45) dargethan, indem das Moment der Connexität, als Erzeugniss der beiden Forderungen gemeinsamen Bedingung, zwar nicht auf das warum, aber doch auf das wo der Retentionsbefugniss bestimmte Antwort gibt.

Der Ansicht Langfeld's — im Beginne des §. 20 — dass die praktisch wichtigste Frage, in welchen Fällen der Conflict zweier Ansprüche zur Retentionsbefugniss führe, eine allgemeine Beantwortung nicht gestatte, vermögen wir daher nicht zuzustimmen.

Wenn Langfeld endlich mit seiner Bemühung, einen

allgemeinen Rechtsgrund des Retentionsrechtes festzustellen, ebenfalls zu einem negativen Resultate gelangt, u. zw. in dem Satze: „Ein einheitliches, alle einzelnen Anwendungsfälle des Retentionsrechtes erklärendes Princip lässt sich überhaupt nicht aufstellen“, so hat auch in diesem Punkte unsere Untersuchung das Gegentheil ergeben. Dieser zu Folge liegt das Princip, welches die Retentionsbefugniss in allen hieher gehörigen Fällen erklärt, in dem der Retentionsbefugniss jeweilig zu Grunde liegenden Rechte, in seinem Grundrechte, und zwar hierin unmittelbar oder zunächst, mittelbar aber oder entfernter in jenem Rechtsgrund, auf welchem das Grundrecht selbst beruht.

Im §. 17 kommt Langfeld zu den Voraussetzungen des Retentionsrechtes und glaubt als solche drei aufstellen zu können: 1. Den Anspruch des Retinenten, 2. jenen der Retentionsgegners, 3. einen Rechtsgrund.

Was wir jedoch gegenüber den von Schenk und Goldschmidt aufgestellten Erfordernissen bemerkt haben, das hat auch hier seine Geltung. Es gibt nur eine Voraussetzung des Retentionsrechtes — wie eines jeden Rechtes — nämlich seinen Thatbestand. Die Aufzählung einzelner oder auch aller seiner Bestandtheile vermag diesen Thatbestand nicht zu ersetzen, beziehungsweise nicht zu schaffen, weil damit diese Bestandtheile nicht auch schon in der nothwendigen Art und Weise zusammengesetzt sind, ein beliebige Zusammensetzung aber ein ganz verschiedenes Bild, d. h. einen wesentlich verschiedenen Thatbestand liefern würde. In dieser Beziehung können wir auf eine von Langfeld selbst, an späterer Stelle, S. 147, gethane zutreffende Aeusserung verweisen: „Durch die Zusammenaddirung seiner hervorragenden Eigenschaften lässt sich aber das Wesen eines Rechtes nicht herstellen“. Unrichtig ist sohin auch der Satz Langfeld's am Schlusse des §. 17: „Dass die beiden Ansprüche in ihrem Conflict die Retentionsbefugniss erzeugen.“

Dass die beiden Ansprüche auch nichts weniger als in einem Conflict zu einander stehen, geht schon daraus hervor, dass ein jeder auf einen anderen Gegenstand, der des *A* auf eine Sache des *B* und der des *B* auf eine Sache des *A* gerichtet ist.

Im §. 18 handelt Langfeld speciell von dem Anspruche, dem gegenüber retinirt wird und behauptet, dass es nicht nöthig ist, dass der Anspruch bereits processualisch geltend gemacht wurde.

Mit dieser Behauptung und ebenso mit ihrer Begründung steht unsere Untersuchung in vollem Einklang. Nur das muss abgelehnt werden, dass die Retentionsbefugniss eine Folge des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses sei. Um so unerklärlicher erscheint es, dass auch Langfeld gleichwohl seine ganze Darlegung sozusagen innerhalb des Processes gegeben hat, indem in derselben fast stets vom Kläger und Beklagten, vom Richter, Process, Urtheil u. s. w. gesprochen wird.

„Gleichgiltig ist die rechtliche Natur des Anspruches“, sagt Langfeld weiter, „ob dinglich oder persönlich“ Damit behauptet Langfeld, dass der Anspruch (es gilt das auch von dem zweiten) auch ein dinglicher sein könne. Das ist aber nicht zuzugeben, denn Tauschforderungen sind selbstredend persönliche Sachenrechte, sie sind obligatorischer Natur. Anders verhält es sich mit dem Retentionsrecht; dieses hat seine Wurzel in dem mehrerwähnten Grundrechte, ist also insoferne dinglicher Art, als und wenn letzteres dinglich ist.

S. 112 behauptet Langfeld weiter, entgegen aller sonstigen Auffassung, dass auch in den Fällen, in welchen eine Sache retinirt wird, der Besitz des Retinenten nicht schlechthin erforderlich sei. Beispielsweise würde Verkäufer die Kaufsache retiniren können, sollte ihm dieselbe von seinem Auctor auch noch gar nicht übergeben sein. Allein nehmen wir zunächst an,

dass Käufer *B* zur bestimmten Uebergabszeit zum Verkäufer *A* kommt und ohne gleichzeitige eigene Erfüllung die Kaufsache begehrt; da könnte Verkäufer allerdings recht leicht sagen, er retinire die Kaufsache. Wenn jedoch, wie wir ferner annehmen, Käufer sofort den Kaufschilling dem *A* auf den Tisch zählt, dann wird sich *B* wohl in Verlegenheit befinden; er wird sohin dem *B* vielleicht mittheilen, dass er die Sache noch bei seinem Vormanne habe, dass er sofort darum schicken werde und *B* möchte sich etwa nur eine Stunde gedulden u. s. w. Es leuchtet hier von selbst ein, dass *A* sich *in mora* befindet und doch hat auch Langfeld ausdrücklich erklärt (S. 111), dass das Retentionsrecht zweifellos den Verzug ausschliesst. Das Retiniren hat also das Detiniren unbestreitbar zu seiner Voraussetzung, und zwar ohne Ausnahme.

Im §. 19 handelt das Buch Langfeld's von dem Ansprüche, wegen dessen retinirt wird, und sagt Langfeld, dass für denselben Klagbarkeit nicht erforderlich ist. Das ist richtig. Die im römischen Recht bestehende Ausschliessung der Klagbarkeit des Anspruches des Retinenten (Verwenders) kann übrigens als eine innerlich begründete nicht erachtet werden. Wenn Langfeld in Ansehung dieses Anspruches ferner äussert, dass es nicht darauf ankommt, ob sein Betrag grösser sei als der des anderen Anspruches, so ergibt sich aus unseren obigen Ausführungen, dass wir dem vollständig beipflichten. Ebenso ist es vollkommen richtig, wenn Langfeld äussert, dass nur wegen einer unbedingten¹⁾ und unbetagten Forderung das hier gemeinte Retentionsrecht ausgeübt werden könne. Wir brauchen diesfalls nur auf unsere Bemerkungen über den Borgals Nebenvertrag des Tauschvertrages zu verweisen. Dagegen

¹⁾ In Gemässheit unserer Auffassung von dem Thatbestande des hier in Untersuchung stehenden Retentionsrechtes ist selbstverständlich an eine andere Bedingung als die in dem Rechtsverhältnisse des Tausches stets enthaltene zu denken.

lässt sich nicht zugestehen die nächste Anführung Langfeld's, dass das Retentionsrecht auf einer Unbilligkeit beruhe. Dieser Satz erinnert an den Goldschmidt'schen (a. a. O. S. 971), den wir gleich im Eingange der vorliegenden Schrift heraushoben, nämlich: „. . . die Billigkeit, auf welcher allein das Retentionsrecht sich gründet“.

In Ansehung der Liquidität dieses Anspruches endlich ist es vollkommen zutreffend, wenn Langfeld (S. 117) bemerkt, dass dieselbe als materiellrechtliche Voraussetzung des Retentionsrechtes nicht aufgestellt werden könne, dass sie nur processualisch in Betracht komme.¹⁾

Im vierten Abschnitte seines Buches spricht Langfeld von den Wirkungen des Retentionsrechtes, und zwar im §. 20 von den thatsächlichen, im §. 21 von der juristischen — einstweilige Zurückweisung des erhobenen gegnerischen Anspruches — und müssen wir den bezüglichen Ausführungen Langfeld's im Allgemeinen beitreten. Nur möchten wir glauben, dass es nicht schwer sei, die beiden Leistungen gleichzeitig zu verwirklichen. Das Wesentliche dieses Erfordernisses liegt u. E. darin, dass beide Theile die zu tauschenden Sachen einander gegenseitig zum Erfassen und Ansichnehmen hinlegen oder hinstellen. Gleichgiltig wird es dann sein, wer das zuerst thut, und wieder, wer etwa zuerst den andern Gegenstand an sich nimmt. Im Falle einer Besorgniss wegen des Benehmens des anderen Theiles stünde unter Anderem allenfalls auch der Weg offen, dass die Sachen einem dritten übergeben werden und dieser sodann die Austauschung vollzieht.

Langfeld bemerkt ferner, dass es der Tendenz des Retentionsrechtes entsprechen würde, wenn das Urtheil über die Klage durch das Urtheil mit dem Beisatze „zur Zeit“ oder „wie sie erhoben ist“, abgewiesen würde, erklärt sich jedoch gleichwohl als Anhänger jener Praxis, nach welcher die Klage

¹⁾ Siehe S. 91 u. 92 unserer Unters.

nicht abgewiesen, sondern Beklagter unter der Bedingung, dass Kläger des Beklagten Gegenanspruch befriedige, verurtheilt wird. Dem vermögen wir uns aber keineswegs anzuschliessen. Der durch letztere Urtheilsformel angeblich erzielte Vorthail der Vermeidung einer wiederholten Processführung enthält keine Rechtfertigung dafür, dass Jemand, der absolut nicht *in mora* ist, mit einer Klage belangt und sogar, wenn auch nur bedingt, verurtheilt werden dürfe. Das widerstrebt unleugbar dem Rechtsgeföhle.

S. 126 sagt Langfeld mit Recht, dass das Retentionsrecht kein Recht auf den Besitz der retinirten Sache gewährt. Wenn Langfeld aber hinzufügt, dass wenn Retinent die retinirte Sache dem Gegner entzieht¹⁾; dies nicht die Wirkung eines dinglichen . . . Rechts, sondern lediglich die thatsächliche Folge der Ausübung der Retentionsbefugniss sei, so können wir dem natürlich nicht zustimmen.

Richtig ist wiederum, was Langfeld S. 129—2 hervorhebt: „Das Retentionsrecht gewährt nicht die Befugniss, rechtlich über die retinirte Sache zu verfügen“ oder wie es S. 130—3 heisst, „die Sache zu nutzen, zu verwalten, umzugestalten oder sonstwie hierüber zu verfügen.“ Das Retentionsrecht ist eben an sich gar kein Recht, es ist lediglich eine gewisse Bethätigung eines Rechtes — des Grundrechtes.

Im §. 22 stellt sich Langfeld die Frage, ob das Retentionsrecht durch Sicherheitsleistung ausgeschlossen werden könne

¹⁾ Soll wohl heissen: zurückhalten, vorenthalten? Wir bemerken bei diesem Anlasse, dass Langfeld's Buch zahlreiche Ausdrücke enthält, die uns Deutschösterreichern nicht geläufig sind, so z. B. S. 22 (Mitte): überall (= überhaupt); S. 23: zuvorig; §. 44: auskehren (= herausgeben, erstatten); S. 55 oben: mit der *r. vind.* besprochene (= belangte); S. 56: beklagtisch; S. 74: rechtsgenüglich; S. 77: fehlsam; S. 89, Nr. 8: einzigste; S. 115: releviren; S. 119: eine der Disposition unterbleibende Sache, — ähnlich dem Ausdrucke S. 28 unten: als dem Begriffe . . unterfallend (Latinismen); S. 122: beachtlich; S. 136 oben: diesetwegen u. a.

und erledigt diese Frage in zutreffender Art dahin, dass das Retentionsrecht durch Sicherheitsleistung im Allgemeinen nicht ausgeschlossen werden kann, insbesondere auch dann nicht, wenn jede Leistung ein Aequivalent der anderen bildet. Wir können dieser Auffassung selbstverständlich nur zustimmen, müssen jedoch noch einen Schritt weiter gehen, nämlich behaupten, dass in allen hieher gehörigen Fällen stets jede der beiden Leistungen ein Aequivalent der anderen bildet, und dass eine Ausnahme auch dort, wo der Retentionsgegner sofort „nur mit erheblichen Schwierigkeiten“ leisten könnte, oder wo die Leistung „zur Zeit überhaupt unausführbar ist“, nur im Falle eines speciellen Gesetzes zuzugestehen ist (z. B. Art. 315 H. G. B.).

Langfeld sucht diese Ausnahme damit zu rechtfertigen, dass die Retentionsbefugniss „im letzten Grunde auf dem Bestreben des römischen Rechtes beruhe, die Gebote der Billigkeit gegenüber der strengen Rechtsconsequenz zur Geltung zu bringen“ (S. 133). Dieser Begründung steht die Erwägung entgegen, dass es bei Feststellung der Wirkungen eines Rechtes einzig darauf ankommen kann, ob dieses Recht überhaupt besteht, also ob es auf einem gesetzlichen Rechtsgrunde beruht. Der etwaige „letzte Grund“ — „der Grund der Gründe“, wie es anderswo Brinz bezeichnet — ist hier durchaus nebensächlich.

Im §. 23 untersucht Langfeld die Frage der Uebertragung des Retentionsrechtes. Hiebei geht Langfeld neuerlich von dem — nach unserer Erkenntniss von der Natur des Retentionsrechtes unzulässigen — Gedanken aus, dass das Retentionsrecht nur dem „Conflict“ der gegenüberstehenden Ansprüche seine Entstehung verdanke und eine Uebertragung desselben daher nur möglich sei, „wenn der Gegenanspruch und die Leistungspflicht aus dem Hauptanspruch gleichzeitig auf den Erwerber übergehen“.

Unsere Ansicht hierüber ist folgende: Da das Retentionsrecht kein selbständiges Recht, lediglich die Bethätigung eines

Rechtes ist, seine Wurzel in diesem Rechte hat und davon unlösbar ist, so ergibt sich vor Allem, dass das Retentionsrecht für sich allein nie übertragen werden kann. Es könnte also nur mit dem Rechte selbst übertragen werden. Nun aber gebührt eben dieses Recht in Gemässheit des Vertrages — und beziehungsweise des Gesetzes — bereits einer anderen bestimmten Person, dem Retentionsgegner, und kann also dieses Recht an einen Dritten ebenfalls nicht übertragen — cedirt, veräussert — werden.

Anders verhält es sich mit der Forderung des Retinenten; diese und ebenso die zweite können allerdings einem Dritten cedirt werden. Allein da diese Forderungen bedingte sind, die Erfüllung jeder von der gleichzeitigen Erfüllung der Gegenforderung abhängt, so würde auch hier die blosse Uebertragung einer solchen Forderung nicht ausreichen, sie könnte vernünftigerweise stets nur unter gleichzeitiger Uebertragung auch jener Sache stattfinden, welche der *cessus* vom Cedenten zu fordern hat; denn nur bei gleichzeitiger Leistung dieser Sache vermöchte der Cessionar die ihm cedirte Forderung dem Rechte gemäss und rechtswirksam zu erheben und geltend zu machen.

Diese Mitübergabe der Sache ist natürlich keine Veräusserung an den Cessionar, sie erfolgt vielmehr mit dem Auftrage an den letzteren, die Sache zur bestimmten Zeit und am bestimmten Orte dem Cessus (unter den gewissen Voraussetzungen) zu behändigen, wofür Cedent dem Cessus der Cession ungeachtet verantwortlich bleibt. Von einer Schwierigkeit der Uebertragung der Leistungspflicht, wie Langfeld meint, vermögen wir demnach nichts wahrzunehmen, die Uebertragung dieser Pflicht erfolgt ohne Anstand im Mandatswege.

Im §. 24 untersucht Langfeld die Frage, ob das Retentionsrecht *in rem* oder *in personam* wirke? Langfeld meint diesfalls, dass das Retentionsrecht, weil kein dingliches Recht an dem Retentionsobject gewährend, auch nicht einem Jeden gegenüber in Wirksamkeit treten könne.

Nun ist es zwar richtig, dass das Retentionsrecht kein dingliches Recht gewährt, u. zw. aus dem Grunde, weil es gezeigtermassen überhaupt selbst kein (selbständiges) Recht ist. Allein die Wirkung des hier auch von Langfeld gemeinten, nämlich innerhalb eines Tauschverhältnisses zur Ausübung kommenden Retentionsrechtes, äussert sich keineswegs nur dem gegenüber, welcher zugleich Schuldner aus dem Gegenanspruche ist.

Dasselbe Retentionsrecht, welches im vorstehend bezeichneten Falle gegen den Schuldner des Retinenten aus dessen Gegenanspruche zusteht, wird von demselben Retinenten in dem Falle geltend gemacht, da er dieselbe Sache einem Anderen für eine bestimmte Arbeit versprochen hat, wenn der letztere noch vor Vollendung der Arbeit die Sache begehrt; und ebenso in jenem Falle, da Jemand die Sache an sich ziehen will, ungeachtet ihm hierauf absolut gar kein Anspruch zur Seite steht. Und das dem Schuldner aus dem Tauschverhältnisse gegenüber geübte Retentionsrecht ist genau dasselbe, ist durchaus identisch mit jenem, welches Retinent während der Dauer dieses Tauschverhältnisses einem Dritten gegenüber geltend macht, — bezw. sogar geltend machen muss, der innerhalb dieses Stadiums die Sache sich aneignen will.

Es gibt eben kein eigenes Retentionsrecht von besonderer Art. Die vorstehend wie schon früher bezeichneten Fälle sind nichts als äussere Gelegenheiten zur Ausübung eines und desselben sogenannten Retentionsrechtes.

In den folgenden Paragraphen äussert sich Langfeld über den Einfluss des Concurses auf das Retentionsrecht, und zwar nach früherem gemeinen Recht, dann nach der jetzt für das Deutsche Reich giltigen Concursordnung. Die bezüglichlichen Ausführungen Langfeld's übergehend, beschränken wir uns auf die Bemerkung, dass nach der von uns erkannten Natur des Retentionsrechtes einerseits, und nach dem Wesen des Con-

curses andererseits, das Retentionsrecht auch gegenüber der Concursmasse, oder der Gesamtheit der Concursgläubiger als der Repräsentantin des Gemeinschuldners, seine volle Wirkung hat.

Auch zu den Ausführungen im §. 27 über die Beendigung des Retentionsrechtes haben wir im Wesentlichen nichts zu bemerken.

Im §. 28 ist die Untersuchung dem „rechtlichen Charakter“ des Retentionsrechtes gewidmet. Mit vollem Recht lehnt Verfasser zunächst jene Auffassungen des Retentionsrechtes ab, wonach dieses nur Ausfluss des Besitzes, oder gar ein Act der Selbsthilfe wäre, ebenso die Goldschmidt'sche Auffassung des Retentionsrechtes als eines „eigenthümlichen Vermögensrechtes“. Wenn jedoch Langfeld hiebei fragt, in welche der verschiedenen Classen von Vermögensrechten das Retentionsrecht einzureihen wäre, so dürfte Goldschmidt erwidern, dass er für das Retentionsrecht überhaupt keine der bekannten Classen von Vermögensrechten offen habe, sondern, dass er es für ein von allen bisherigen Vermögensrechten verschiedenes halte und es eben darum als ein eigenthümliches bezeichnet habe. Mit Recht sagt Langfeld weiter von der Dernburg'schen Formulirung, dass dieselbe nur eine Beschreibung der factischen — eingeschränkten — Wirkung des Retentionsrechtes liefere. Insoweit jedoch Dernburg bemerkt, dass die Erzwingbarkeit des Rechtes von einer Bedingung abhängig gemacht werde, ist Dernburg vollständig Recht zu geben, nicht aber auch, wenn er das Recht ein „an sich unbedingtes“ nennt; die gedachte Bedingung qualificirt es ja nothwendig zu einem bedingten Rechte. Dass endlich auch die erwähnte Erklärung Savigny's eine unhaltbare ist, haben wir ebenfalls schon erkannt.

S. 150 äussert Langfeld, Retinent wolle mit der Retention nur die Befriedigung seines Anspruches erreichen. Diese Ansicht ¹⁾ lässt sich jedoch nur dort, wo ein Pfand retinirt

¹⁾ Wiederholt S. 156 oben.

wird, nicht aber für die sonstigen Fälle aufstellen, In diesen letzteren will Retinent stets Eines von Zweien: entweder das Bekommen der fremden Sache, oder das Behalten der eigenen. Regelmässig, insbesondere im Falle eines Tauschvertrages, wird ihm an der ersteren mehr gelegen sein: allein manchmal kann auch das Gegenteil eintreten, u. zw. nicht blos in den gesetzlichen Tauschfällen, sondern auch in Vertragsfällen, z. B. wenn Retinent zu dem Vertrage sich nur ungern bereden liess und wenn ihn dieser reut u. dgl. Da lässt sich also nicht sagen, dass Retinent nur die Befriedigung seines Gegenanspruches wolle.

Die sohin von Langfeld selbst zunächst gegebene Definition des Retentionsrechtes als eines „Vertheidigungsmittels“, welche Definition bereits Wolf aufgestellt hat (von Langfeld, a. a. O. S. 110, Nr. 2 ausdrücklich erwähnt), ist deshalb ungenügend, weil auch diese Definition, ebenso wie jene Dernburg's, lediglich eine juristische Wirkung des Retentionsrechtes namhaft macht, nicht aber die Natur dieses Rechtes aufzeigt. Die anschliessende Untersuchung Langfeld's über die Art der Retentionseinrede und welcher Classe von Einreden sie angehöre, können wir hier übergehen, weil das Wesen, die Natur oder der Charakter eines Rechtes, seine Eigenart, seine Individualität, oder wie man dieselben Begriffe sonst immer ausdrücken mag, sich keineswegs erst im Processe und nur innerhalb dieses Rahmens feststellen lassen.

S. 156 sagt Langfeld von dem Retentionsrecht weiter, dass es ein „selbständiges subjectives Recht“ bilde und (S. 157) dass es „ein wirkliches Recht“ sei. Dass das nicht der Wirklichkeit entspricht, davon haben wir uns oben wiederholt überzeugt, ebenso davon, dass das Retentionsrecht nicht „in die Rechtssphäre eines anderen eingreift“ (wie es früher hiess: dass die beiden Ansprüche in „Conflict“¹⁾ stehen). Obzwar also das

¹⁾ Der gleiche Ausdruck und Gedanke bei Langfeld bereits S. 110, 118, 135 und 146.

sogenannte Retentionsrecht kein Recht ist, muss gleichwohl gegenüber Langfeld, S. 157, behauptet werden, dass es nicht „blos negativ“ (durch Zurückweisung des erhobenen Anspruches), sondern dass es auch positiv wirkt, insoferne nämlich, als durch Ausübung der Retention auch stets eine Sache zurückgehalten wird, u. zw. regelmässig wohl nur vorübergehend, unter Umständen jedoch — Behebung des Vertrages, Realisirung des Pfandes — sogar dauernd.

Im VII. und letzten Abschnitte seines Buches behandelt Langfeld noch das sogenannte kaufmännische Retentionsrecht und dessen Verhältniss zu dem gemeinrechtlichen. Im §. 30, Z. 2, behauptet Langfeld, dass sich das kaufmännische Retentionsrecht von dem gemeinrechtlichen wesentlich durch seine Wirkungen unterscheide. Doch schon dieser Ansicht vermögen wir uns selbstverständlich nicht anzuschliessen, u. zw. aus dem Grunde, weil allfällige Unterschiede in den Wirkungen zweier Rechte darum noch nicht als wesentliche erklärt werden können. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn die Art dieser verschiedenen Wirkungen zu dem Schlusse nöthig würde, dass auch die Rechte selbst ein verschiedenes Wesen haben.

Wie von uns bereits erkannt wurde, gibt es überhaupt kein selbständiges Retentionsrecht und folglich auch kein selbstständiges kaufmännisches. Das sogenannte kaufmännische Retentionsrecht ist nichts anderes als ein Pfandrecht, nämlich ein Bestandtheil dieses und beziehungsweise eine Bethätigung desselben. Wenn demnach Langfeld von dem kaufmännischen Retentionsrechte sagt (S. 162, oben): „Denn es bezweckt nicht so sehr, den Gegner zu der ihm obliegenden Leistung (also zur Baarzahlung) zu nöthigen, als vielmehr die Befriedigung für den Gegenanspruch durch das Retentionsobject selbst — wir schalten ein: eventuell, wenn nöthig — herbeizuführen“, so besteht gar kein Zweifel, dass das eben so sehr, wie von dem

kaufmännischen, von dem gewöhnlichen und auch vom gemeinrechtlichen Pfandrechte Geltung hat.

Allein Langfeld meint (S. 164), dass die Auffassung des kaufmännischen Retentionsrechtes als Pfandrechtes den Nachweis des dinglichen Charakters des ersteren zur unerlässlichen Voraussetzung habe und dass sohin darzuthun sein würde: 1. dass das kaufmännische Retentionsrecht nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber jedem Dritten wirke, welcher nach Entstehung des Retentionsrechtes ein dingliches Recht an dem betreffenden Objecte erworben hat; 2. dass die Verkaufsbefugniss, welche es verleiht, aus keinem anderen Rechtsgrunde fließt, als aus dem Rechte, in dieser Hinsicht seinen Willen unmittelbar zum massgebenden für die Sache zu machen.

In beiden Beziehungen, setzt Langfeld hinzu, dürfte es aber fehlen.

Wie zu ersehen, ist Langfeld von seinen zwei Bedenken selbst nicht vollständig überzeugt; sie lassen sich aber auch thatsächlich nicht aufrecht halten.

Anlangend das erstere Bedenken, so findet dasselbe im Allgemeinen schon in jenen Ausführungen seine Widerlegung welche oben gegenüber der wesentlich gleichen Auffassung von Brix¹⁾, dann von Schenk und Wolf²⁾, geltend gemacht wurden. Im Besonderen sei hier noch beigelegt, dass zunächst schwerlich der Fall eintreten werde, dass an einer Sache, woran Jemand bereits das Retentionsrecht des Art. 313 ausübt, später ein Dritter (ebenfalls) ein dingliches Recht (in unserem Falle anzunehmen), ein Pfandrecht erwerben wird. Sollte es aber doch geschehen, so besteht gar kein Zweifel, dass jenes frühere Retentionsrecht, bezw. das Grundrecht desselben, das ihm zu Grunde liegende Pfandrecht gegen diesen Dritten „dinglich Berechtigten“

¹⁾ S. 67 fg.

²⁾ S. 77 fg.

ebenfalls wirksam ist. Weiters geben wir selbstredend zu, dass aus dem Rechte auf vorzugsweise Befriedigung das Eigenthümliche der sogenannten Dinglichkeit nicht fließt, ebensowenig wie z. B. aus dem gemeinrechtlichen *privilegium exigendi*. Allein die Dinglichkeit des kaufmännischen Retentionsrechtes ergibt sich, wie bereits ausführlich erwiesen, aus dem Umstande, dass sein Grundrecht ein Pfandrecht, also bestimmt ein dingliches Recht ist und heben wir nur nochmals hervor, dass, wofern auch das kaufmännische Retentionsrecht im Punkte der Dinglichkeit eingeschränkt, z. B. die Vindicirbarkeit ihm theilweise oder ganz entzogen wäre, damit die Natur seines Grundrechtes nämlich als Pfandrechtes — und darauf allein kommt es an — durchaus nicht verändert sein würde.

Anlangend das zweite Bedenken, dass nämlich die Veräusserung nicht unmittelbar aus einem dem Gläubiger zustehenden Rechte folge, so lässt sich auch dieses aus den von Langfeld hiefür angeführten Gründen als gerechtfertigt nicht ansehen. Es hat zwar seine volle Richtigkeit, dass Pfandrecht und Executionsanspruch sich von einander, u. zw. unter Anderem in der von Langfeld angegebenen Art unterscheiden. Dagegen müssen wir als unrichtig die Behauptung bezeichnen, dass der Gläubiger die zu seiner Befriedigung geeigneten Bestandtheile des Vermögens seines Schuldners nur erreichen könne „durch Vermittlung des Willens des letzteren“. In diesem Punkte können wir ebenfalls auf schon frühere Ausführungen verweisen, u. zw. auf jene, mit welchen eine ähnliche Behauptung Schenk's und Wolf's abgelehnt wurde (oben S. 78, Z. 6).

Unrichtig ist weiter die Ansicht Langfeld's, dass, wenn der Schuldner Widerstand leistet, nicht der Gläubiger, sondern lediglich die öffentliche Gewalt die Realisirung dieses Willens im Wege der Execution bewirke. Einmal wird durch die Execution nicht der Wille des Schuldners — der ja gar nicht vorhanden ist, denn sonst bedürfte es keines Zwanges —, sondern

jener des Gläubigers realisiert; sodann ist es überhaupt auch nicht die öffentliche Gewalt, welche die Realisierung vollzieht. Auch das ist vielmehr der Gläubiger, dem das Gesetz lediglich seinen Arm leiht; die Executionsvollzieher sind nichts als das Werkzeug des Gläubigers.

Richtig ist hingegen der weitere Satz Langfeld's, dass auch das kaufmännische Retentionsrecht dem Gläubiger unmittelbar¹⁾ keine Veräußerungsbefugnis gewährt, u. zw. in Gemässheit unserer Auffassung des Retentionsrechtes, weil dasselbe kein eigenes und selbständiges Recht, sondern lediglich eine gewisse Art der Bethätigung eines Rechtes ist.²⁾

Allein ein solches wirkliches Recht, nämlich hier das Pfandrecht, ist es, welches dem Gläubiger in dem Falle des Art. 313 und 315 H. G. B. zu Gebote steht und demzufolge hat er denn auch die Veräußerungsbefugnis. Dass die erwähnten Artikel das Wort „Pfandrecht“ nicht enthalten, ist, wie ebenfalls schon an früherer Stelle³⁾, dargethan wurde, ohne jeden Belang. Denn nicht auf den Namen, sondern darauf allein kommt es an, ob das Gesetz in diesen Artikeln dasjenige Recht eingeräumt hat, welches die Wissenschaft unter dem Namen Pfandrecht kennt, und daran ist nicht im Geringsten zu zweifeln. Nach jenen Gesetzesstellen hat der dort bezeichnete Gläubiger das Recht, seiner Forderung halber eine seinem Schuldner gehörige Sache . . . zuvörderst zurückzuhalten und weiters, falls die Zahlung noch immer nicht erfolgt, diese Sache auch zu veräußern und aus dem erzielten Erlöse sich für die Forderung bezahlt zu machen. Diese Rechte aber geben den wesentlichen Inhalt des Pfandrechtes und demzufolge ist auch das sogenannte kaufmännische Retentionsrecht in Wirklichkeit, aller sonstigen Einschränkungen ungeachtet, ein

¹⁾ Wir gehen noch weiter: Nicht blos unmittelbar, sondern auch mittelbar.

²⁾ S. oben S. 77, 79 u. 80 ad Z. 3.

³⁾ S. 67, oben.

wahres und wirkliches Pfandrecht. Dieser Thatsache gegenüber erweist sich Alles, was Langfeld auch noch immer im Sinne seines zweiten Bedenkens äussert, als unmassgeblich, so also, dass, wenn der Schuldner nicht freiwillig zahlt, der Gläubiger nur durch Vermittlung der staatlichen Organe zu seinem Rechte kommen könne. Das gilt ja nicht minder auch von dem gemeinen Pfandrechte, auch dieses kann nur nach vorgängiger Klage und nur im vorgeschriebenen Executionswege realisirt werden. Wenn Langfeld weiter hervorhebt, dass, würde dem Gläubiger bereits vor dem die Veräusserung gestattenden Urtheile ein Pfandrecht zustehen, die vorher vorgenommene Veräusserung gültig sein müsste, indem in solchem Falle das Urtheil nur declaratorisch aussprechen könnte, dass dem Gläubiger diese Veräusserungsbefugniss zustehe, so lässt sich das Irrige auch dieser Argumentation unschwer erkennen.

Eine solche frühere, also eigenmächtige Veräusserung würde nicht deshalb als ungültig erscheinen, weil vor dem Urtheil angeblich überhaupt noch kein Pfandrecht existirte, sondern wegen der Ausserachtlassung einer gesetzlich gebotenen Realisierungsform. Jene Argumentation erweist sich aber auch deshalb als unstichhältig, weil sie nicht blos das kaufmännische Retentionsrecht als Pfandrecht, sondern weil sie in ihrer Allgemeinheit auch das gewöhnliche Pfandrecht, sohin also insbesondere jedes gesetzliche Pfandrecht¹⁾ treffen und auch dieses Recht als Pfandrecht beseitigen würde. Schon insoferne also lässt sich der von Langfeld aufgestellten Ansicht, erst das rechtskräftige Urtheil könne die Veräusserungsbefugniss begründen, nicht beipflichten. Das zu Folge und im Grunde des Art. 315 H. G. B. erfliessende Urtheil ist also thatsächlich nur ein declaratives, es sagt nichts anderes, als dass Kläger, wie in Ansehung seiner Forderungen, so in Ansehung

¹⁾ S. S. 65 über das gesetzliche Pfandrecht der §§. 1101 u 1321 b. G. B.

des Pfandes, sämtliche vom Gesetze aufgestellte Erfordernisse als vorhanden dargethan habe und dass sohin auch dem ihm nach Art. 315 weiters und bereits zustehenden Verkaufsrechte kein Hinderniss im Wege ist. Dafür spricht auch der Inhalt des Art. 310. Wie hiernach auch der Faustpfandgläubiger, wenn auch ohne vorausgehende Klage, vorerst die Verkaufsbewilligung nachsuchen (= dem „beantragen“ des Art. 315) muss, diesem Gesuche aber nur bei Vorlage der erforderlichen Bescheinigungsmittel, also ebenfalls nur nach Constatirung der im Art. 309 bestimmten Voraussetzungen stattgegeben wird, so verhält es sich im Wesentlichen auch im Falle des Art. 315. Ob das Verfahren zur Prüfung der Verkaufsvoraussetzungen ein processmässiges oder ein einfaches ist, ob der richterliche Spruch Verordnung oder Urtheil genannt wird, und ob der Verkauf durch den Richter (als blossen Stellvertreter des Gläubigers), oder durch den Gläubiger selbst erfolgt, das Alles ist selbstverständlich für die Natur der in Rede stehenden Rechte durchaus nebensächlich.

Es ist demnach auch nicht zuzugeben, dass Petitum und Sentenz, wie L a n g f e l d ferner behauptet, . . . dahin gehen, dass Beklagter dem Kläger die Veräusserung zu g e s t a t t e n habe; denn das widerspricht nicht nur der Natur der Realisirung eines Pfandrechtes oder eines Zwangsrechtes überhaupt, es wird diese Behauptung auch durch den Wortlaut des Art. 315 widerlegt. Diesem gemäss aber lässt sich endlich auch der Schlussfolgerung L a n g f e l d's nicht beitreten, dass das — nach Art. 315 — erfliessende Urtheil nur die rechtliche Verpflichtung des Beklagten zum Ausdruck bringe, dem Kläger durch die Retentionsobjecte in der Weise Deckung zu verschaffen, dass er ihn zur Veräusserung derselben b e v o l l m ä c h t i g e. Das wäre eine Fiction, welcher der vorliegende gesetzliche und richterliche Zwang offenbar widerstreitet und welche auch in der Erwägung unzulässig ist, dass diese Fiction zum Mindesten

dort nicht Platz greifen könnte, wo Beklagter gegen die Vornahme der Veräusserung, beziehungsweise gegen ihre Bewilligung, wenn auch allenfalls ganz grundlos, Protest erhebt. Eines, eine derartige Verpflichtung aussprechenden Urtheiles bedarf es aber auch zu dem Verkaufszwecke gar nicht. Mag der Schuldner, und beziehungsweise der Angeklagte noch so entschieden protestiren, so wird bei Vorhandensein der gesetzlichen Bedingungen der Verkauf dem Gläubiger gleichwohl verwilligt.

Auch gegenüber den von Langfeld mit anerkennenswerthem Scharfsinne gegebenen Ausführungen bleibt es demnach wahr, dass das Retentionsrecht überhaupt kein eigenes selbstständiges Recht bildet und dass im Besonderen das sogenannte kaufmännische Retentionsrecht nichts anderes als ein Pfandrecht ist.



Verlag von **Alfred Hölder**, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler,
Wien, Rothenthurmstrasse 15.

H a n d b u c h
der
Oesterreichischen politischen Verwaltung
für die
im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder.

Von
Dr. Josef ULBRICH,
o. ö. Professor des österr. Staatsrechts an der deutschen C. F. Universität in Prag.

I. Band, elegant in Halbfranz gebunden 10 fl. 80 kr.

Das gesammte Werk wird 2 Bände und zusammen circa 80 Druckbogen umfassen; es erscheint, um dessen Anschaffung möglichst zu erleichtern, in ca. 20 Lieferungen à 5 Druckbogen, welche in kurzen Zwischenräumen ausgegeben werden.

Der Preis einer Lieferung ist 96 kr.

Erschienen sind 18 Lieferungen.

Empfohlen im „**Verordnungsblatte des hohen k. k. Finanz-Ministeriums**“.
(Jahrgang 1886, Nr. 40, Seite 182.)

Zusammenstellung
der auf die
Diäten und Reisekosten
der
k. k. österreichischen Staatsbeamten und Diener
Bezug nehmenden Vorschriften.

(Normen für die Reisen in Commissions-, Uebersiedlungs- und Substitutions-
Angelegenheiten.)

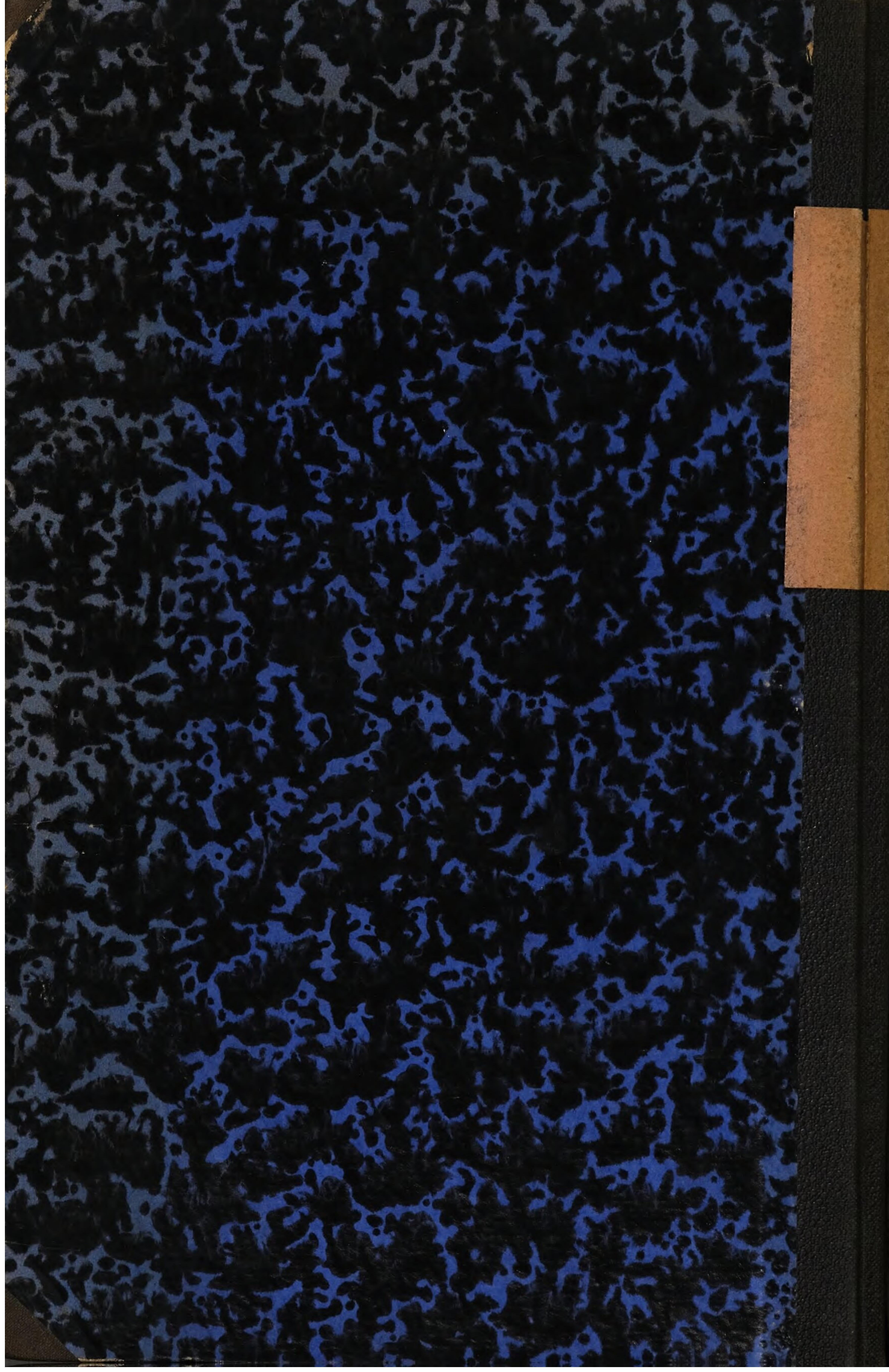
Von
Cyrrill Fuchs,
Rechnungs-Revident der k. k. niederösterreichischen Finanz-Landes-Direction
(zugeheilt dem k. k. Finanz-Ministerium).

Preis geheftet 4 fl., in Halbfranz gebunden 4 fl. 70 kr.

Verlag von **Alfred Hölder**, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler,
Wien, Rothenthurmstrasse 15.


~~~~~  
Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien, I., Augustinerstrasse 12.  
~~~~~


Christ. Loeblein



Reinhold, Ferdinand

Das allgemeine und das kaufmännische Zurückhaltungsrecht insbesondere sein
Grund und sein Wesen Untersuchung

Wien 1889

J.rom.m. 428 p

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637808-6